

TJPA revista

• REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ • ANO 78 • Nº 118 • 2021 •





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

TJPA

revista

REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

ISSN 0103-9105

Rev. Trib. Just. Est. Pará	Belém	Ano 78	n. 118	p.1-231	2021
----------------------------	-------	--------	--------	---------	------

@ 2021 TJPA

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Comissão de Súmula, Jurisprudência, Biblioteca e Revista

Membros
Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes, Presidente
Desembargador Ricardo Ferreira Nunes
Desembargador Roberto Gonçalves de Moura

Auxiliares
Thaísa Carepa Castro - Secretária
Elaine Cristina Fernandes Ribeiro - Chefe da Divisão de Biblioteca
Paulo Roberto Pequeno de Paiva - Chefe da Divisão de Registro de Acórdãos e Jurisprudência

Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará [recurso eletrônico] / Tribunal de Justiça do Estado do Pará. – v.
76, n. 118 (ago. 2021). - Dados eletrônicos. - Belém: TJPA, 1926-
v.: il.

Irregular.
Continuação da publicação impressa.
Disponível em: www.tjpa.jus.br
Versão eletrônica: v.69, n.115 (2015).
ISSN 0103-9105 (versão impressa)

1. Direito – Periódico. 2. Direito – Doutrina. 3. Direito – Jurisprudência. I. Pará. Tribunal de Justiça. II.
Título.
38-2021 CDD 340.05

Elaine Cristina Fernandes Ribeiro – CRB- 2/1144

Foto de capa:
Ricardo Lima

Tribunal de Justiça do Estado do Pará
Av. Almirante Barroso nº 3089 - Bairro: Souza
CEP: 66613-710 - Belém - PA
Tel.: (0xx91) 3205-2000 das 08:00 às 14:00h
www.tjpa.jus.br

DESEMBARGADORES



Des^a. Célia Regina
de Lima Pinheiro
PRESIDENTE
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO



Des. Ronaldo
Marques Valle
VICE-PRESIDENTE
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO



Des^a. Rosileide Maria
da Costa Cunha
CORREGEDORA
GERAL DE JUSTIÇA



Des. Milton Augusto
de Brito Nobre



Des. Rômulo José
Ferreira Nunes



Des^a. Diracy
Nunes Alves



Des^a. Gleide
Pereira de Moura



Des. José Maria
Teixeira do Rosário



Des^a. Maria do Céu
Maciel Coutinho



Des^a. Maria Edwiges
Miranda Lobato



Des^a. Luzia Nadja
Guimarães Nascimento



Des^a. Vania Valente do Couto
Fortes Bitar Cunha



Des. Raimundo
Holanda Reis



Des^a. Vânia Lúcia
Carvalho da Silveira



Des. Constantino
Augusto Guerreiro



Des. Roberto
Gonçalves de Moura



Des^a. Maria Filomena
de Almeida Buarque



Des. Luiz Gonzaga
da Costa Neto



Des. Mairton Marques
Carneiro



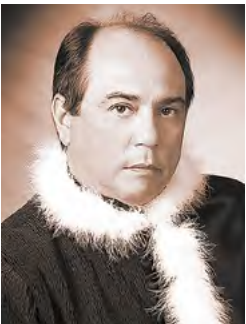
Des^a. Ezilda
Pastana Mutran



Des^a. Maria de Nazaré
Silva Gouveia dos Santos



Des. Ricardo
Ferreira Nunes



Des. Leonardo
de Noronha Tavares



Des^a. Maria de Nazaré
Saavedra Guimarães



Des. Leonam Gondim
da Cruz Júnior



Des^a. Maria Elvina
Gemaque Taveira



Des. José Roberto Pinheiro
Maia Bezerra Júnior



Des^a. Rosi Maria
Gomes de Farias



Des^a. Eva
do Amaral Coelho



FOTO RICARDO LIMA

Apresentação

Palavra da Presidente

Esta

esta edição da Revista do Tribunal de Justiça do Pará, reforçamos a responsabilidade do Poder Judiciário do Estado do Pará em trazer a produção do conhecimento integrado para com a sociedade.

Indiscutivelmente, o momento crítico que ainda vivemos, neste ano de 2021, está ainda muito pautado por várias questões referentes às mudanças sociais e ao enfrentamento da expansão da Covid-19. São muitas peculiaridades e variáveis, em um ambiente em que o conhecimento interdisciplinar se torna essencial para a compreensão social e fundamental às manifestações das diferentes perspectivas jurídicas.

A revista traz reflexões necessárias em uma perspectiva global, sem esquecer, por óbvio, as variáveis regionais. Ao mesmo tempo, emergem “provocações” que nos trazem a urgência da constante atualização de ideias e da materialização de raciocínios no campo da ciência jurídica.

Como diria Delacroix, “o pensamento faz a linguagem fazendo-se pela linguagem”. Assim, o nosso processo constante é buscarmos contribuir com

nossas experiências e aprender com as perspectivas de outros pensadores, magistrados, magistradas e juristas, de uma maneira geral. Mais do que nunca, na relação entre ideais e expressões escritas e orais, é essencial reforçarmos a necessidade da produção coletiva do conhecimento no âmbito judicial.

A presente publicação também se incorpora ao Plano de Gestão deste Tribunal – biênio 2021-2023. Na perspectiva de se alcançar sucesso nos 12 Macro-desafios propostos, é importante pensar, a partir dos textos a seguir, nos três eixos estabelecidos – Sociedade, Processos Internos, Aprendizado e Crescimento.

Com um “cardápio” bem diversificado que ora apresentamos, com temas da atualidade, opiniões, comentários sobre decisões judiciais e aplicabilidade prática das leis que compõem essa publicação.

Destarte, o trabalho e a produção científica têm de continuar, sempre, ainda mais na busca pela promoção de justiça social e no vivenciar do Estado Democrático de Direito.

Boa leitura a todos e a todas.

Desembargadora **Célia Regina de Lima Pinheiro**

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará

Editorial



or ainda estarmos sofrendo com as consequências de uma pandemia, apresentamos a Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará aos leitores com muita gratidão, pois apesar das adversidades conseguimos reunir material de qualidade para leitura e conhecimento de todos.

No periódico em referência, constam a jurisprudência sempre atual desta Egrégia Corte e artigos de doutores, professores e membros do Judiciário Estadual e Federal.

Na presente edição, condensamos julgados do Poder Judiciário do Estado do Pará com matérias diversificadas e de suma importância para a sociedade, em que o Judiciário Paraense se mostrou atuante

através de suas decisões, principalmente no sentido de concretizar os direitos fundamentais em um momento de crise pelo qual ainda passamos.

No que concerne aos artigos ora publicados, ressaltamos a colaboração essencial dos autores que nos presentearam com temas atuais e de grande relevância, referentes à defesa do consumidor, às competências constitucionais para o enfrentamento dos efeitos da pandemia de Covid-19 e à importância das tutelas coletivas.

Esperamos que, além de ser uma leitura prazerosa, esta revista contribua para o engrandecimento da produção intelectual nesta Egrégia Corte de Justiça e para a efetiva prestação jurisdicional.

Desembargador **Rômulo José Ferreira Nunes**

Presidente da Comissão de Súmula, Jurisprudência, Biblioteca e Revista

Desembargador **Ricardo Ferreira Nunes**

Membro da Comissão de Súmula, Jurisprudência, Biblioteca e Revista

Desembargador **Roberto Gonçalves de Moura**

Membro da Comissão de Súmula, Jurisprudência, Biblioteca e Revista

SUMÁRIO

Apresentação	IX
Editorial	XI
 DOCTRINA.....	 14
 A RESSIGNIFICAÇÃO DO CONSUMO NO MUNDO PÓS-PANDEMIA.....	 15
<i>Dennis Verbicaro</i>	
 O JULGAMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES TERRITORIAIS AOS EFEITOS <i>ERGA OMNES</i> DA SENTENÇA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA.	 33
<i>Luiz Alberto G. S. Rocha</i>	
 A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL LEGISLATIVA CONCORRENTE EM MEIO ÀS CRISES CAUSADAS PELA COVID-19 E A INTERPRETAÇÃO DADA PELO STF NO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NA ADI 6341	 45
<i>Ana Elizabeth Neirão Reymão</i>	
 TEMA 793: O DRAMA DO PRECEDENTE INCOMPLETO E NÃO CUMPRIDO.....	 60
<i>Homero Lamarão Neto</i>	
 A INDÚSTRIA CULTURAL E A AQUISIÇÃO DO CRÉDITO PELO IDOSO: UMA RAZÃO PARA O SUPERENDIVIDAMENTO	 68
<i>Carlos Gustavo Chada Chaves e Kátia Borges dos Santos</i>	

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL.....	81
 Seção de Direito Privado	 82
Ação Rescisória	82
Apelação Cível	99
Conflito de Competência	142
Seção de Direito Público	148
Agravo de Instrumento	148
Apelação Cível	163
 JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL	 183
 Agravo em Execução Penal	 184
Apelação Penal	192
Habeas Corpus	217
Recurso em Sentido Estrito	228

DOCTRINA

FOTO: RICARDO LIMA

A RESSIGNIFICAÇÃO
DO CONSUMO NO
MUNDO PÓS-PANDEMIA¹THE RESIGNIFICATION
OF CONSUMPTION IN THE
POST-PANDEMIC WORLD

DENNIS VERBICARO

Doutor em Direito do Consumidor pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Pará. Professor da Graduação e dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Pará-UFPA e do Centro Universitário do Pará-CESUPA. Diretor do BRASILCON. Procurador do Estado do Pará e Advogado. E-mail: dennis@verbicaro.adv.br

RESUMO: O artigo, pelo método dedutivo e através de pesquisa teórico-bibliográfica, visa a analisar os amplos efeitos da pandemia do COVID-19 nas relações sociais e jurídicas a partir de um viés multidisciplinar, a fim de compreender de que maneira o Direito do Consumidor vem-se adaptando à nova realidade imposta pelo estado de crise social e instabilidade econômica, bem como indagar acerca das tendências para o futuro. Nesse particular, busca-se entender em que medida haverá a garantia do pleno exercício dos direitos

fundamentais do consumidor, a exemplo da liberdade nas contratações, o dever de informação, a preservação de sua privacidade e liberdade de escolha, assim como analisar os efeitos da crise no varejo tradicional e as consequências da abrupta ruptura do consumo analógico para o digital e o agravamento da dependência às novas plataformas virtuais daí decorrente.

Palavras-Chave: Direito do Consumidor; COVID-19; Comércio Eletrônico; Relações de Consumo; Novo Paradigma Tecnológico; Vulnerabilidade.

ABSTRACT: The article, through the deductive method and through theoretical-bibliographic research,

aims to analyze the broad effects of the COVID-19 pandemic on social and legal relations from a mul-

¹ Artigo publicado originalmente em VERBICARO, Dennis; VERBICARO, Loiane (Coord.). Tensões de uma sociedade em crise, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

tidisciplinary perspective, in order to understand how Consumer Law has been adapting to the new reality imposed by the state of social crisis and economic instability, as well as inquiring about trends for the future. In this regard, it seeks to understand the extent to which the full exercise of fundamental consumer rights will be guaranteed, such as freedom of contracting, the duty to inform, the preser-

vation of their privacy and freedom of choice, as well as analyzing the effects of crisis in traditional retail and the consequences of the abrupt rupture of analogue to digital consumption and the worsening dependence on the new virtual platforms.

Keywords: Consumer law; COVID-19; E-commerce; Consumer Relations; New Technological Paradigm; Vulnerability.

1. Introdução



oltar ao normal ou viver uma nova normalidade?

A pandemia do Coronavírus promoveu uma profunda transformação em nossas vidas. Uma tempestade perfeita sobre a rotina pessoal e profissional de todos nós e, principalmente, em relação aos nossos projetos para o futuro.

Uma crise econômica e social sem precedentes, a desvalorização dos combustíveis fósseis, o fortalecimento do comércio eletrônico através das plataformas virtuais, a maior vigilância estatal das liberdades, uma abrupta transição laboral que trouxe consigo a precarização do emprego tradicional, a afirmação definitiva do paradigma tecnológico na mudança do consumo analógico para o digital e o agravamento da vulnerabilidade do consumidor daí decorrente, a pirataria internacional e institucional em relação a equipamentos médicos, tudo isso, ilustra uma período de desafios, reflexões e dilemas.

A economia deve prevalecer sobre a vida, ou a preservação de uma implica necessariamente a proteção da outra? Discursos liberais que defendem a prescindibilidade do Estado resistem ao estado de calamidade pública decorrente da pandemia? Os grandes blocos transnacionais resistirão à pressão dos países mais afetados em prol de políticas de austeridade, ou entregarão soluções econômicas solidárias que preservem a unidade do bloco como no

âmbito da União Europeia? Será o fim do populismo político de líderes acidentais, ou temos um pretexto adicional para reforçar governantes com um perfil pitoresco, individualista e isolacionista?

Será discutida, também, a crise do varejo tradicional diante da concorrência das grandes plataformas online, muitas transnacionais, e das fábricas que, agora, se aproveitaram da pandemia e da maior confiança do consumidor no comércio eletrônico para vender diretamente ao cliente, sem intermediários.

O artigo, pelo método dedutivo e através de pesquisa teórico-bibliográfica, visa a analisar os amplos efeitos da pandemia do COVID-19 nas relações sociais e jurídicas a partir de um viés multidisciplinar, a fim de compreender de que maneira o Direito do consumidor vem-se adaptando à nova realidade posta pelo estado de crise social e instabilidade econômica e quais as tendências para o futuro, com vistas à efetiva proteção do consumidor. Nesse particular, busca-se entender em que medida haverá a garantia do pleno exercício de seus direitos fundamentais, a exemplo da liberdade nas contratações, o dever de informação, a preservação da privacidade econômica e o agravamento da dependência às novas plataformas virtuais.

Esse artigo apresenta um primeiro um olhar transdisciplinar para a crise atual e rascunha algumas previsões para o futuro, para entender como os efeitos da pandemia criam um novo estado de normalidade nas relações de consumo e de que modo isso repercute na vida dos sujeitos dessa relação.

2. Entendendo a pandemia e suas consequências: a globalização do risco.



Em 31 de dezembro de 2019, as autoridades chinesas declararam à Organização Mundial da Saúde (OMS) a ocorrência de infecções em diversos moradores da cidade de Wuhan – capital da província de Hubei e cidade mais populosa da China central – com uma doença de sintomas semelhantes ao da pneumonia. Poucas semanas depois, concluiu-se que, na verdade, estas infecções foram causadas pelo novo Coronavírus, denominado pela OMS como COVID-19 e pelo Comitê Internacional de Taxonomia de Vírus como SARS-CoV-2 (EXAME, 2020).

A OMS declarou as infecções do novo Coronavírus como uma pandemia apenas em 11 de março de 2020, devido ao nível global de propagação (BESSA, 2020) e recomendou que os cidadãos de todo o planeta passassem a adotar condutas específicas de higiene pessoal, utilização de equipamentos de proteção individual, proibição de aglomerações e obediência aos decretos locais de isolamento social, dentre outros.

A crise mundial criada pela pandemia do COVID-19 não foi a primeira vivenciada (BADIOU, 2020), haja vista que, apenas no início do século XXI, a comunidade internacional já havia se depurado com alguns vírus contagiosos, como o SARS-1, o H1N1 e o Ebola. Segundo David Harvey (2020, p. 16), a disseminação de doenças altamente infecciosas se

deve, em grande parte, ao fenômeno da globalização: “A experiência anterior tinha mostrado que uma das desvantagens da crescente globalização consiste no fato de ser impossível deter uma rápida difusão internacional de novas doenças. Vivemos em um mundo altamente conectado, onde quase todos viajam”.

Via de regra as crises sanitárias trazem à tona diversas mudanças de paradigmas, sendo notadas de maneira ainda mais acentuada na presente pandemia do COVID-19, impactando não apenas nas ciências da saúde, como também nas relações humanas estudadas pelos campos da Medicina, Economia, Direito, da Filosofia, Sociologia, Ciência Política, dentre outras. Embora a presente pandemia impacte imediatamente as práticas sanitárias mundiais, pesquisadores de diversas áreas do conhecimento também passaram a projetar significativas mudanças nas relações sociais e econômicas, sob a ótica dos impactos provocados pelo isolamento social e pela crise econômica mundial que tem se instaurado (GUERRA, 2020).

A partir da disseminação da pandemia a nível global, surgiram diversas especulações acerca da origem do vírus, algumas como inegável componente xenofóbico em relação ao povo chinês², sendo comprovado, até o momento, que foi um processo natural que provocou a transmissão aos seres humanos, compondo a categoria de doenças denominadas de zoonoses³. Sobre este aspecto, muito se tem refletido acerca da maneira como os seres humanos têm-se apropriado do meio ambiente – seja o natural ou o artificial – e como isso tem impactado na qualidade

² A Embaixada da China no Brasil rebateu hoje o deputado federal Eduardo Bolsonaro (sem partido), que acusou — sem provas — o país asiático de ter omitido informações sobre a pandemia do novo coronavírus, que se iniciou por lá. “As suas palavras são extremamente irresponsáveis e nos soam familiares. Não deixam de ser uma imitação dos seus queridos amigos. Ao voltar de Miami, contraiu, infelizmente, vírus mental, que está infectando a amizades entre os nossos povos”, escreveu o perfil oficial da embaixada no Twitter, citando o deputado federal.... Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/03/18/embaixada-da-china-rebate-eduardo-bolsonaro-contraiu-virus-mental.htm>. Acesso em 28/04/2020.

³ Zoonoses são doenças infecciosas capazes de ser naturalmente transmitidas entre animais e seres humanos. Os agentes que desencadeiam essas afecções podem ser micro-organismos diversos, como bactérias, fungos, vírus, helmintos e rickettsias. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Zoonose>. Acesso em: 21/04/2020.

de vida que pode ter contribuído para a transmissão global do novo Coronavírus.

Um dos pontos de análise tem sido a maneira pela qual o sistema econômico vigente, qual seja, o capitalismo neoliberal impactou tanto na interação dos seres humanos com a natureza – acerca da exploração exacerbada de recursos naturais, por exemplo –, bem como na relação dos seres humanos entre si, refletindo-se não apenas nas relações interpessoais, mas também nas relações econômicas, hábitos de consumo e organização do trabalho.

Com efeito, a pandemia do COVID-19 revelou inúmeras questões relevantes que devem ser tratadas sob uma análise interdisciplinar, com estudos envolvendo o Direito – em especial o Direito do Consumidor.

Uma primeira grande preocupação a ser destacada diz respeito às mudanças substanciais e permanentes no modelo de consumo atual, projetadas para o período pós-pandemia. Dessa forma, em relação ao diagnóstico das economias contemporâneas, David Harvey (2020, p. 20) afirma:

[...] as economias capitalistas contemporâneas são 70 ou 80% impulsionadas pelo consumismo. A confiança e o sentimento dos consumidores tornou-se, nos últimos quarenta anos, a chave para a mobilização de uma demanda efetiva e o capital tornou-se cada vez mais orientado pela procura e pelas necessidades.

Na mesma toada, Gilles Lipovetsky (2007, p. 13) já havia denominado este fenômeno de sociedade de hiperconsumo, uma vez que

É assim que, em uma escala mais ampla, a nova era do capitalismo se constrói estruturalmente em torno de dois atores preponderantes: o acionista de um lado, o consumidor do outro. [...] No que se refere ao segundo, o imperativo é mercantilizar todas as experiências em todo lugar, a toda hora e em qualquer idade, diversificar a oferta adaptando-se às expectativas dos compradores, reduzir os ciclos de vida dos produtos pela rapidez das inovações, segmentar os

mercados, favorecer o crédito ao consumo, fidelizar o cliente por práticas comerciais diferenciadas. [...] A essa ordem econômica, em que o consumidor se impõe como o senhor do tempo, corresponde uma profunda revolução dos comportamentos e do imaginário de consumo. [...] De um consumidor sujeito às coerções sociais da posição, passou-se a um hiperconsumidor à espreita de experiências emocionais e de maior bem-estar, de qualidade de vida e de saúde, de marcas e de autenticidade, de imediatismo e de comunicação.

Esse diagnóstico, portanto, poderá se projetar para o período pós-pandemia, gerando uma possível transformação para uma sociedade de consumidores mais conscientes e/ou voltados para outros segmentos, responsáveis por moldar um novo mercado? Como ponto de partida da discussão, nota-se que, durante a pandemia do COVID-19, grande parte das populações mundo afora tem percebido a diminuição dos impactos da queima de combustíveis fósseis na atmosfera, devido à redução da emissão de dióxido de carbono, como consequência, por exemplo, de uma menor utilização de automóveis e transportes aéreos. Ressalta-se que, em 2018, esta emissão chegou a um recorde de emissão mundial de 36,57 bilhões de toneladas de dióxido de carbono, cuja expectativa até o fim de 2019 era que ultrapassasse esta marca, alcançando cerca de 36,8 bilhões de toneladas (YUGE, 2019).

Portanto, há que se refletir sobre uma mudança na exploração dos recursos naturais, com uma maior preocupação por parte dos consumidores no tocante à preservação do meio ambiente, devido à reflexão sobre os efeitos nefastos de uma intervenção inadequada no ambiente natural, o que poderia, em tese, provocar novas crises sanitárias e econômicas no futuro. Nesse sentido, antes mesmo do fim da pandemia, já se observava, por exemplo, a desvalorização econômica do petróleo e combustíveis (LISBOA, 2020).

No tocante à redução das viagens aéreas durante a pandemia, o setor turístico em geral foi grandemente afetado, incluindo companhias aéreas, redes de hotéis, restaurantes, parques, etc. – o que, segundo David Harvey (2020, p. 20), denota que, por

conta da pandemia, “Estas formas de ‘consumismo experiencial baseado em eventos’ foram extintas” e que “O impulso em direção ao que André Gorz descreve como ‘consumismo compensatório’ (no qual os trabalhadores alienados devem recuperar o ânimo através de um pacote de férias em uma praia tropical) foi interrompido”. Dessa forma, faz-se necessária uma investigação em torno dos desdobramentos de uma possível redução na quantidade de viagens, seja a trabalho, seja a lazer, pelo advento de um possível perfil consumerista mais consciente.

Acerca de uma possível redução das viagens a trabalho, estas podem ocorrer devido ao aumento de usuários nas plataformas de videoconferências, principalmente para reuniões a trabalho e ampliação das metodologias de ensino a distância. Nesta esteira, nota-se também o fortalecimento do mercado de consumo digital, em oposição ao mercado analógico que ainda estava operante antes da pandemia. Como efeito do isolamento social, o mundo se deparou com um colapso no modelo varejista tradicional, uma vez que, tão logo a pandemia foi anunciada, as autoridades brasileiras determinaram o fechamento de shopping centers, restaurantes – cuja restrição era de consumo no local –, academias, casas noturnas, bem como o cancelamento, em algumas hipóteses, de viagens intermunicipais, interestaduais e internacionais, conforme recomendação do Ministério da Saúde.

De um modo geral, a indústria do turismo e dos serviços de um modo geral que, nos últimos anos muito se aproveitou da nova vertente do consumo hedonista, pautado em novas experiências, foi a primeira a sentir os efeitos econômicos da pandemia e, muito provavelmente, será a última a se recuperar conforme se observa na matéria abaixo (ESTADÃO, 2020):

“A disseminação de contágio do novo Coronavírus e sua Covid-19 neste começo de 2020 já

apresenta severos impactos na indústria do turismo. Com tantas fronteiras fechadas, companhias aéreas colocaram boa parte de sua frota no chão, armadoras de cruzeiros suspenderam todos seus itinerários até segunda ordem, parques de diversões e grandes hotéis (como o próprio Belmond Copacabana Palace, no Rio) suspenderam completamente suas operações sem data definida para voltar e diversos pequenos hotéis correm risco de fechar suas portas em definitivo se o cenário atual durar muitos meses. De guias de turismo a grandes cadeias hoteleiras, as perdas no setor já são mesmo gigantes (....)”

Da mesma forma, houve um apelo do segmento para a ajuda governamental durante o período de crise, desde a suspensão do pagamento de impostos, suspensão do contrato de trabalho dos empregados, subvenção para os encargos sociais e previdenciários, obtenção de crédito com juros diferenciados e postergação de prazo para o pagamento de dívidas, dentre outras iniciativas, o que levou, inclusive, a aprovação da Medida Provisória 936/20, que institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, autorizando os empregadores de um modo geral, não apenas os da cadeia do turismo, temporariamente, a reduzir salários e jornadas (por até 90 dias) ou suspender contratos de trabalho (até 60 dias), com direito a estabilidade temporária do empregado e recebimento de benefício emergencial pago pelo governo.

Pela medida provisória, a redução de jornada e salário poderá ser de 25%, 50% ou 75% por acordo individual ou coletivo, ou qualquer percentual, inclusive 100%, apenas por acordo coletivo, aplicando-se também aos empregados domésticos, aprendizes e pessoas com jornada parcial.

Em síntese, a crise foi um pretexto infeliz para a suspensão e redução de direitos sociais.

3. Maior dependência ao comércio eletrônico, comprometimento da privacidade virtual e agravamento da vulnerabilidade situacional do consumidor



Em-se notado o vertiginoso crescimento dos contratos eletrônicos, os quais se intensificaram pela utilização das mídias sociais. Kozlovski (2018) antecipa que os contratos digitais já eram uma prática em ascensão, uma vez que, além da propagação da *internet* no mundo contemporâneo, o perfil consumidor mudou, estando cada vez mais informado, notando que pode consumir de forma intensa e rápida por meio de plataformas digitais. Marques (2003, p. 66) pontua que “Os contratos ‘eletrônicos’ também são contratos típicos dos tempos pós-modernos”.

Por tais razões, seja pela alteração das práticas de consumo, seja pelo isolamento social causado pela pandemia do COVID-19, o fornecedor, de forma geral, o que abrange, inclusive, os mais tradicionais no tocante à operação presencial do fornecimento de produtos e serviços, precisou se adaptar às novas condições de mercado e canalizou de forma mais intensa as suas vendas nos comércios eletrônicos, haja vista que, conforme explana Kozlovski (2018, p. 116), é nítida a crescente velocidade das contratações sobre forte influência do marketing e pela incessante oferta de produtos.

Todavia, tal prática nem sempre está em consonância com os princípios jurídicos da boa-fé, transparência e informação quando da interpretação dos contratos de consumo e vulnerabilidade existente nas relações de consumo, agravando a vulnerabilidade dos consumidores, seja em relação à qualidade e segurança do serviço, seja quanto à privacidade dos dados pessoais obtidos a partir da utilização quase que “compulsória” dos aplicativos virtuais.

Dessa forma, imprescindível o estudo desta transição paradigmática a partir da pandemia de COVID-19 nas relações de consumo digitais e os possíveis efeitos para os consumidores. O novo contexto, marcado pelo uso de plataformas eletrônicas para compras de produtos e serviços, realização de reuniões por videoconferências, crescimento dos *sites* de *marketplace* – inclusive com a disponibilização de espaço para pequenos empreendedores venderem em meio à crise –, fomenta uma nova realidade pautada no isolamento dos indivíduos que, nos dizeres de Bauman (2009, p. 26), já era uma tendência da modernidade, caracterizada pelo individualismo e segregação social, a qual não é objeto de críticas positivas pelo autor: “É nos locais públicos que a vida urbana e tudo aquilo que a distingue das outras formas de convivência humana atingem sua mais completa expressão, com alegrias, dores, esperanças e pressentimentos que lhe são característicos”.

Como consequência do aumento da utilização das plataformas virtuais em razão do isolamento social, também, haverá excessiva confiança do consumidor na autorregulação e mediação *online* por meio de plataformas como o “consumidor.gov.br”, na hipótese de falha na prestação de produtos e serviços, o que pode provocar, a longo prazo, uma sensação de irrelevância do Poder Judiciário.

Cumprir destacar, ainda, o agravamento da vulnerabilidade pela apropriação dos dados pessoais tanto pelo mercado, quanto pelas próprias autoridades estatais pelo aumento da vigilância estatal sob o pretexto da pandemia. O tema já havia ganhado grande relevância por mecanismos de *microtargeting*⁴ na sociedade, especialmente no mercado de consumo e em eleições (HAN, 2018). No contexto da pandemia do novo Coronavírus, a proteção de dados pessoais apresentou novos quadros, ainda sem determinações específicas.

O atual cenário intensificou o uso dos dados pessoais a nível mundial. Países asiáticos como o Japão, Coreia, China, Hong Kong, Taiwan e Singapura

têm apostado no big data. Na China, por exemplo, a busca por possíveis infectados baseando-se somente em dados técnicos, “tendo como base, unicamente, análises de macrodados averiguam os que são potenciais infectados, os que precisam continuar sendo observados e eventualmente isolados em quarentena” (HAN, 2020, p. 3).

Na Europa, o recém-lançado projeto de rastreamento de proximidade de preservação de privacidade pan-europeu (PEPP-PT) também tem por base a utilização de dados pessoais. A ideia principal é utilizar a tecnologia do smartphone para ajudar a interromper a onda de infecções, notificando indivíduos que estiverem em contato próximo com uma pessoa infectada - por meio do *proxy* de seus *smartphones* através do *Bluetooth* (LOMAS, 2020, p. 1).

Empresas como Google e Apple estão produzindo tecnologias como o *Bluetooth low energy*, onde o próprio aparelho identifica o contato com contaminados e informa ao usuário, com soluções “[...] baseadas em troca de chaves e IDs aleatórios gerados por *bluetooth* (tecnologia de troca de contatos por proximidade), que dispensam a coleta de dados de geolocalização e identificadores únicos do dispositivo” (BIONI; MONTERIO; RIELLI, p. 18).

No Brasil, a Lei Federal nº 13.979/2020, conhecida como “Lei da Quarentena”, impôs critérios como a realização compulsória de testes e a mobilização para cumprimento de medidas de isolamento e quarentena. Tal legislação permitiu a limitação de direitos constitucionais básicos, tais como o de locomoção e liberdade econômica, bem como, em seu art. 6º, consta que “é obrigatório o compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo Coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação”.

Ademais, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto 10.212/2020, o Regulamento Sanitário Internacional produzido pela OMS. Este Regulamento dedica especial atenção à proteção de dados pessoais, especialmente no art. 45, ao admitir o seu tratamento pelos Estados

“quando isso for essencial para os fins de avaliação e manejo de um risco para a saúde pública”, garantindo que tais dados pessoais sejam: (1) processados de modo justo e legal, sem outros processamentos desnecessários e incompatíveis com tal propósito, (2) adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito, (3) acurados e mantidos atualizados, conforme a necessidade, impondo que todas as medidas razoáveis sejam tomadas para garantir que dados imprecisos ou incompletos sejam apagados ou retificados; e (4) conservados pelo tempo necessário para o combate da pandemia (BIONI, MONTEIRO, RIELLI, 2020).

A própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos admitiu o uso dos dados pessoais no combate do COVID-19, sem esquecer, no entanto, da proteção da privacidade como um direito humano, com a necessidade do consentimento dos cidadãos no fornecimento dos dados, de modo que não sejam utilizados para fins mercadológicos:

35. .Proteger el derecho a la privacidad y los datos personales de la población, especialmente de la información personal sensible de los pacientes y personas sometidas a exámenes durante la pandemia. Los Estados, prestadores de salud, empresas y otros actores económicos involucrados en los esfuerzos de contención y tratamiento de la pandemia, deberán obtener el consentimiento al recabar y compartir datos sensibles de tales personas. Solo deben almacenar los datos personales recabados durante la emergencia con el fin limitado de combatir la pandemia, sin compartirlos con fines comerciales o de otra naturaleza. Las personas afectadas y pacientes conservarán el derecho a cancelación de sus datos sensibles (OEA, 2020, p. 15).

Assim, no que diz respeito à utilização de dados através de políticas de antipropagação do vírus, o Brasil adotou a identificação de aglomeração em cidades através de dados agregados e anonimizados por informações indicadas pelas companhias telefônicas aos Estados. Neste sentido, através do mapa de calor, identificam-se os locais com maior e menor

⁴ Direcionamento publicitário realizado pelo uso de dados pessoais.

movimentação (CBN, 2020). No entanto, o grande questionamento desta política é a ausência de transparência no processo das técnicas de anonimização dos dados e, conseqüentemente, a impossibilidade de verificar a solidez do uso da técnica de forma que inviabilize a identificação de informações pessoais. Conforme Zetter (2013), os dados anonimizados podem ser facilmente individualizados através do cruzamento de informações, daí a importância em atentar para a técnica utilizada no tratamento dos dados, como forma de impedir sua futura comercialização.

No Brasil, já houve a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – Lei nº 13.709/2018 –, que, apesar de oferecer expectativas sobre uma maior proteção dos dados pessoais dos consumidores, cujo texto integral ainda não entrou em vigor. Enquanto isso, é inegável que a privacidade está em risco diante da necessidade de proteção coletiva contra a propagação do novo Coronavírus.

É inegável que a crise do COVID-19 ainda produzirá consequências de longo prazo, sendo uma expressão clara de um risco global compartilhado por um mundo que subestimou os impactos de um capitalismo predatório, excessivo liberalismo econômico e ausência de políticas públicas sanitárias e sociais para a grande maioria da população mundial, sendo esse diagnóstico muito mais sensível em países subdesenvolvidos como o Brasil.

Por esse motivo, as escolhas feitas por governos e empresas serão determinantes não apenas para a correta administração da crise sanitária, mas também podem ter efeitos duradouros, o que exige maior investimento público aos programas sociais e de assistência à saúde, proteção ao emprego, correta administração dos recursos tecnológicos e normas claras e efetivas para a tutela da privacidade virtual do cidadão, nesse caso, através da proteção dos seus dados pessoais de maneira transparente, técnica e sem comprometer seus direitos fundamentais.

4. Quem se atreve a ser liberal no contexto de uma pandemia global?



os últimos anos, o discurso da liberdade econômica vem sendo defendido como justificava para a supressão de direitos dos consumidores, assim como a defesa da autorregulação do mercado havia ganhado espaço no debate político e acadêmico, mesmo numa perspectiva distorcida, para legitimar um maior distanciamento do Estado no cumprimento de suas metas e compromissos no âmbito da Política Nacional das Relações de Consumo.

Contudo as diversas políticas neoliberais adotadas pela maior parte dos países capitalistas contemporâneos demonstraram insuficiência neste momento de crise, revelando falhas estruturais nesse modelo econômico excludente, a exemplo da teoria do livre mercado e da autorregulação do sistema econômico, que foi posta em cheque com a implosão de inúmeros segmentos do mercado, em especial a ineficácia do atual modelo privado de saúde para dar respostas rápidas em cenários de crise e os problemas gerados pelo incentivo da indústria farmacêutica a um consumo voltado para a medicalização, em vez da prevenção de doenças. (DAVIS, 2020).

Neste particular, também há que se ressaltar o agravamento da vulnerabilidade dos consumidores brasileiros na medida em que, tão logo a pandemia foi anunciada e, junto dela a necessidade de aquisição de itens de higiene, equipamentos de proteção individual e produtos de limpeza, diversos fornecedores passaram a praticar o dobro ou triplo do preço normal de mercado, estabelecendo preços abusivos em descumprimento ao art. 39, IV, V e X do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, outro desafio enfrentado durante e após a pandemia diz respeito à crise econômica mundial que tem se instaurado, sendo o Brasil também um dos mais atingidos. Alicia Bárcena, secretária executiva da Comissão Econômica para a América Latina e o

Caribe (CEPAL) afirmou à Agência Brasil (2020) que a pandemia de COVID-19 “terá efeitos devastadores na economia mundial, certamente mais intensos e diferentes dos sofridos durante a crise financeira global” ocorrida em 2008. A previsão é que:

[...] se houver uma redução de 1,8% do produto interno bruto em toda a América Latina e Caribe por causa da doença, a taxa de desemprego na região poderá aumentar em dez pontos percentuais. Se o cenário for confirmado, o número de pessoas pobres da região vai subir dos atuais 185 milhões para 220 milhões [...]. O número de pessoas em extrema pobreza (sem recursos para a manutenção da capacidade de trabalho) subirá dos atuais 67,4 milhões para 90 milhões [...]. Em termos percentuais, o total de pobres pode chegar a 35% da população latino-americana e o total de extremamente pobres, a 14,5%.

Uma das consequências da crise econômica – mas não apenas dela – é o surgimento de uma crise social, com o agravamento da desigualdade, a exemplo dos dados supracitados, que expõem, também, o problema das classes sociais mais baixas que não puderam e não poderão cumprir as recomendações de higiene por problemas de infraestrutura como a ausência de saneamento básico e baixa ou nenhuma renda para aquisição de itens básicos de higiene e proteção pessoal – bem como demais itens de consumo –, revelando, para o período pós-pandemia, um possível aumento de opressões e preconceitos em face também destas classes, por questões sanitárias.

Da mesma forma, há um grande número de trabalhadores informais, autônomos e outros grupos hipervulneráveis, que vivem abaixo da linha da miséria e, em muitos casos, invisíveis ao Estado, que acabaram sendo abandonados à própria sorte nesse contexto de crise social e econômica, exigindo uma política assistencial imediata do poder público, para lhes garantir a subsistência básica, o que, após pressão social e do Congresso Nacional, impôs ao Governo Federal, de clara inclinação liberal, a obrigação de aprovar ajuda emergencial em pecúnia a uma parcela

significativa da população através da Medida Provisória 935/2020.

Da mesma forma, vários segmentos empresariais, muitos dos quais defensores do Estado mínimo, têm defendido políticas públicas de concessão de crédito em taxas de juros simbólicas e com grande carência de pagamento, sob o argumento de que os bancos privados, pelo incremento do risco de inadimplência, restringiram acesso ao crédito e elevaram os juros. Defende-se, também, a suspensão e, até mesmo, revisão da carga tributária como apoio à continuidade da atividade econômica e manutenção de empregos, o que ensejou, inclusive a edição das Medidas Provisórias 927/2020 e 930/2020, ambas com forte intervenção na legislação trabalhista, restringindo direitos do trabalhador, como se verá no tópico seguinte.

Nos Estados Unidos, União Europeia, Reino Unido observa-se um movimento claro das economias liberais no sentido de promover abrangente política de assistência social e econômica aos seus cidadãos e empresas, mesmo que isso implique numa expressiva flexibilização de medidas de austeridade econômica e aumento do déficit público, como se observa na decisão histórica do Governo Alemão (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020):

Principal defensora da austeridade na Europa, a Alemanha vai abandonar sua política fiscal que garantiu seis anos consecutivos de superávit nas contas públicas, por causa da crise provocada pela pandemia do novo coronavírus.

O governo vai aprovar um empréstimo de € 356 bilhões (cerca de R\$ 2 trilhões) para financiar seus planos de socorro ao sistema de saúde e a empresas e trabalhadores afetados pela paralisação decorrente da pandemia.

Observa-se, como há muito não se via, uma grande dependência de tudo e de todos em relação ao Estado, como o único redentor dos graves problemas decorrentes da pandemia global, grande oportunidade para a transição de um capitalismo

excludente para sua vertente mais social e inclusiva, pelo qual serão priorizadas políticas públicas para o reconhecimento e melhor tutela de grupos vulneráveis, assim como investimento público em serviços essenciais, seja quanto à execução, seja no âmbito da regulação das atividades empresariais, o que traz grandes benefícios ao consumidor.

5. O fim do mito do “empreendedor de si mesmo” num contexto de precarização do trabalho.

 Em relação aos efeitos trabalhistas da pandemia, alguns pontos merecem destaque, sobretudo se considerarmos a mais expressiva transição laboral da história, como a maior precarização do trabalho a partir do aumento do emprego informal – consequência da crise econômica que já estava instaurada no Brasil desde meados de 2013, restrição de direitos a pretexto de se preservar o emprego, exposição maior ao trabalho penoso, degradante, e prestado sem as condições mínimas de segurança num contexto mais grave de pandemia.

De modo a ilustrar essa realidade, observam-se as plataformas de consumo compartilhado que já se haviam estabelecido no país antes da crise, principalmente em relação aos aplicativos de *delivery* e transporte – nesse sentido, fala-se no fenômeno da “uberização” das relações de trabalho.

O isolamento social, por sua vez, trouxe a reboque o aumento do consumo a distância, através do comércio eletrônico, principalmente, dos aplicativos de entrega em domicílio, como restaurantes, bares, livrarias, cafeterias, lojas de departamentos e etc, o que envolvia não apenas o grande fornecedor, mas também o pequeno comerciante e o empreendedor local.

Houve muitas campanhas publicitárias de estímulo ao comércio eletrônico realizadas pela *internet*, inclusive com certo *merchandising* social com estímulo à compra nestes estabelecimentos com propósito de garantir o suporte financeiro mútuo aos

fornecedores durante a pandemia.

A hiperconectividade do consumidor o levou à hiperconfiança, associada ao pouco controle governamental e quase nenhuma responsabilidade das plataformas, estavam criadas as condições ideais para o surgimento de uma nova espécie de vulnerabilidade no consumidor: a vulnerabilidade situacional, fruto das promessas não cumpridas no processo de mudança daquele consumo analógico, agora transformado, quase que compulsivamente, em consumo digital, seja para o bem, seja para o mal.

Da mesma forma, aquele indivíduo que há muito não conseguia espaço no mercado formal viu nas plataformas virtuais uma oportunidade de garantir sua subsistência, naquela lógica de que seja o “empreendedor de si mesmo”.

Muitos se arriscaram no comércio eletrônico, abrindo pequenas empresas atraídas pela pseudo-democratização da concorrência na internet, mas foram rapidamente expostas à dura realidade das cláusulas abusivas, promoções agressivas, assédio para o pagamento de comissões elevadas para terem algum destaque publicitário ou na simples oferta de seus produtos e serviços dentro da plataforma de entrega, como nossos casos apontados por pequenos comerciantes outrora vinculados ao iFood, (UOI, 2020):

Como apps de entrega estão levando pequenos restaurantes à falência. 49 anos, Ricardo Masironi desistiu de empreender. Desde novembro, o ex-dono de hamburgueria se tornou cozinheiro de uma cervejaria artesanal em Moema, zona sul de São Paulo. Masironi havia criado a Montanha Burger em 2016 e viu a chance de prosperar a partir do serviço de entrega de comida iFood, que estava expandindo as suas operações na mesma época. Foi uma decisão acertada: com “propaganda” garantida por parte do parceiro de delivery, a Montanha Burger, que tinha um pequeno salão próximo ao metrô São Judas, também na zona sul da capital, chegou a despachar 90 entregas por dia, metade da sua demanda diária, com uma média de R\$ 55 por pedido. Nada mau para um negócio de pequeno porte. Mas, no começo de 2019, algo começou a dar errado: os pedidos

deixaram de aparecer de uma hora para outra. Não foi uma redução gradual, fruto de um possível aumento de competição. Nem uma mudança de cardápio ou receita, que permaneceram exatamente os mesmos. Masironi sequer teve a chance de sondar a clientela para saber o que estava acontecendo: no final de 2018, o iFood já havia deixado de fornecer o contato dos clientes aos restaurantes. A partir de então, o consumidor passou a ser do serviço de entrega —não importa quem faça a comida.” Com o tempo, o iFood mudou radicalmente o atendimento aos restaurantes”, diz Masironi, que acabou fechando o salão em agosto do ano passado. Manteve apenas o delivery e enveredou pelos lanches mais baratos, vendidos a R\$ 9,50. Mas seus produtos não eram exibidos na seção de comida barata do iFood, de até R\$ 10. Questionou o aplicativo, mas não obteve resposta conclusiva. Sem pedidos, Masironi não suportou os custos e encerrou definitivamente a operação em novembro. O caso da Montanha Burger não é isolado. A reportagem conversou com outros oito donos de restaurantes, cafés, bares e lanchonetes que colecionam mais dissabores que vantagens após contratar os serviços do iFood. As principais queixas se referem às “promoções malucas” propostas pelo aplicativo, do tipo “compre um lanche e ganhe outro”, ou a oferta sistemática de cupons de desconto de R\$ 10, que acaba com as margens de lucro dos estabelecimentos.

Muitos outros se expuseram, por necessidade extrema e falta de opção, a realizar a árdua tarefa de entregadores, cujo trabalho excessivo e penoso se agravou durante esse período de confinamento social, expondo-os a riscos muito maiores de contaminação pelo Coronavírus, sobretudo porque sequer receberam materiais e equipamentos de proteção individual e, por serem autônomos, não recebem qualquer suporte ou assistência da empresa se contaminados.

Em resumo, o mito do “empreendedor de si mesmo” foi escancarado pela pandemia e reflete as consequências da precarização do trabalho e da falta

de regulação estatal no exercício das novas plataformas virtuais, o que repercute necessariamente, no mau atendimento do consumidor.

Outras consequências sociais da crise também são esperadas, como demissões em massa e/ou redução de inúmeros direitos trabalhistas outrora conquistados, sob o pretexto do medo de inúmeros trabalhadores (GUERRA, 2020).

Como referido acima, duas Medidas Provisórias foram aprovadas nos últimos meses com a pretensão justificativa de preservar o emprego e dar algum suporte econômico às empresas durante a pandemia, a saber: MP 927/2020, que dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (covid-19) e a MP 930/2020, através da qual se previu a) redução proporcional de jornada de trabalho e salário; b) suspensão temporária do contrato de trabalho e c) pagamento de benefício emergencial de manutenção do emprego e da renda, inclusive, em decorrência da redução de salários e suspensões de contratos de trabalho.

Conquanto se reconheça a importância do benefício assistencial nesse contexto de agravamento da crise, a redução de direitos tende a fragilizar ainda mais a já combalida posição social e econômica do trabalhador.

Outrossim, também se percebe o expressivo aumento do teletrabalho — *home office* —, o que pode se tornar uma tendência para diversos segmentos do mercado de trabalho após a pandemia. O mesmo pode ser adotado por diversas instituições de ensino, havendo uma forte tendência de ampliação da modalidade de ensino à distância (EAD), o que pode diminuir a relevância do professor, comprometer a tão importante interação social entre os alunos e, ainda, repercutir negativamente na qualidade dos cursos superiores no país, pela introdução de novos projetos pedagógicos com um viés mais mercadológico, do que educacional.

6. O varejo tradicional em crise: o monopólio das grandes plataformas online



Outro aspecto sensível nesse cenário de crise é a desconstrução do já combalido modelo de varejo tradicional, caracterizado por grandes lojas físicas, estoques consideráveis e locação de espaços caros em áreas comerciais e shopping centers.

A pandemia trouxe a reboque o isolamento social e o fechamento de muitas empresas no Brasil, principalmente as de pequeno porte, seja daquelas que não se prepararam para a mudança para o padrão de consumo digital, ou que não tiveram tempo para se adaptar às novas regras do jogo.

A recente pesquisa do IBGE, intitulada “Pesquisa Pulso Empresa: Impacto da Covid-19 nas Empresas”, apontou que a pandemia fechou 39,4% de todas as empresas paralisadas, o que, numericamente, representa 522,7 mil empresas que encerram suas atividades, temporária ou definitivamente, até a primeira quinzena de junho de 2020, tendo sido os setores de serviços e o comércio como os mais afetados. (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Nem mesmo as grandes lojas de departamento ficaram imunes à crise, mesmo aquelas que já possuíam uma razoável experiência com o comércio eletrônico, como foi o caso da Ricardo Eletro, que demitiu 3.500 empregados, fechou todas as lojas físicas e pediu recuperação judicial, mantendo apenas a plataforma virtual e os departamentos de logística e entrega. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020)

Grande impacto também sofreram as multinacionais como a Inditex, maior varejista de roupas do mundo e proprietária das marcas Zara e Massimo Dutti, que sofreu seu primeiro prejuízo trimestral como empresa de capital aberto e anunciou o fechamento de 1.200 (mil e duzentas) lojas físicas, elevando a meta de vendas online que representarão 25% do total de vendas até 2022, contra 14% no ano passa-

do. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020)

As grandes redes que ainda resistem são obrigadas a diversificar suas atividades, investir numa abordagem publicitária mais agressiva e ainda concorrer com as fábricas que estão migrando para o varejo, através da venda direta ao consumidor em suas próprias plataformas.

Por exemplo, o Magazine Luiza comprou o site de notícias de tecnologia Canaltech, objetivando aumentar a distribuição de seus anúncios publicitários na internet, além de já possuir uma ferramenta própria de anúncios online. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020)

Sua intenção com a compra foi atingir o público que acessa o site, numa estratégia que mescla exposição de anúncios, que levam o consumidor à plataforma eletrônica da marca, e a chamada publicidade nativa, que vende produtos por meio de conteúdos gerados no site em texto ou vídeo.

Nessa lógica de diversificação, o Magazine Luiza também adquiriu a *Hubsales*, plataforma por meio da qual fabricantes do segmento de calçados e confecções oferecem seus produtos diretamente aos consumidores, eliminando o custo da distribuição e movimentando mais de R\$ 100 milhões de reais com cerca de 700 mil pedidos anuais (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020).

Há, portanto, inegável movimento das fábricas e indústrias para criarem suas lojas virtuais, ou seja, expandem o negócio para a venda online direta ao consumidor, em concorrência direta com seus antigos parceiros do varejo. Esse fenômeno se intensificou inclusive na venda de eletrodomésticos e móveis, que ainda respondiam por parcela significativa das vendas do varejo presencial.

Segundo pesquisa do Ibre/FGV, antes da pandemia, 6 em cada 10 empresas ouvidas afirmaram que as vendas online representavam menos de 20% do total. Agora, a perspectiva se inverteu totalmente, onde mais de 20% das vendas ocorre através do comércio eletrônico. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020)

Em caminho diametralmente oposto, as ações da Amazon atingiram a máxima histórica,

tendo a empresa se beneficiado da forte demanda em meio ao isolamento social, elevando o seu valor de mercado para US\$ 1,14 trilhão. Com o crescimento das compras online, a gigante do comércio eletrônico mudou sua cadeia logística para priorizar itens essenciais e ajustou seus outros negócios para lidar com o bloqueio do vírus no mundo inteiro. (INFOMONEY, 2020)

Se a confiança e a renda do consumidor foram duramente comprometidas na grave crise econômica que veio a reboque da pandemia, a atual concorrência com as grandes plataformas online e fábricas levaram o varejo tradicional a um ponto de involução sem precedentes.

Os pequenos negócios foram os primeiros a perecer e, mesmo aqueles que já possuíam algum expertise no comércio eletrônico enfrentam dificuldades, ou se reposicionaram nesse espaço com margens de lucro cada vez menores, logística complexa, desafios tecnológicos, consumidores mais exigentes e crescente risco de irrelevância pela alta competitividade de um mercado virtual global, não mais sujeito a limites geográficos.

Conclusão



Como base no acima exposto, reitera-se a indagação inicial do artigo: após o fim da pandemia – ao menos no nível de contaminação tal como está ocorrendo no momento –, a humanidade retornará a uma vida normal ou será formulada uma nova normalidade?

Em última instância, há uma crescente preocupação mundial atinente às novas necessidades e demandas nas relações sociais e jurídicas durante e após o período da pandemia do COVID-19, sobretudo em relação a uma postura reflexiva e conscientizadora sobre os novos rumos das relações de consumo e trabalhistas, o que deve repercutir na mudança dos parâmetros éticos de atuação do

Estado e dos agentes econômicos, garantindo aos cidadãos em geral, especialmente na condição de consumidores e trabalhadores o pleno exercício de seus direitos fundamentais, a exemplo da liberdade nas contratações, o dever de informação e a preservação de seus dados pessoais de um lado, e a defesa dos direitos diante de um eminente aumento da precarização do trabalho e/ou demissões em massa, tornando-os cientes das novas formas de violação e, de igual forma, das alternativas a serem construídas coletivamente pela sociedade civil.

É importante reconhecer o aumento das práticas abusivas e demais formas de violação dos direitos dos consumidores no ambiente virtual durante a pandemia, seja pelo agravamento da vulnerabilidade situacional destes no comércio eletrônico, na apropriação de seus dados pessoais, seja no atraso e eventual descumprimento de obrigações legais e contratuais sob o pretexto da crise econômica.

A crise, da mesma forma, demonstrou a insuficiência do discurso econômico liberal, resgatando a importância dos Estados no contexto de crise, como o grande responsável por políticas públicas de saúde, sociais e econômicas que, dependendo do modo como foram concebidas e executadas, podem determinar seu protagonismo na gestão da conflituosidade social, protegendo grupos vulneráveis, como também o exercício da atividade econômica.

Por fim, a pandemia evidenciou a precarização do trabalho e desmistificou a lógica do “empreendedor de si mesmo” nas plataformas de consumo compartilhado, mostrando o quanto é preciso avançar na oferta do emprego formal e na proteção do trabalhador, o que repercutirá em favor do consumidor, seja na qualidade do atendimento, seja quanto à adequação e segurança dos serviços.

O varejo tradicional foi o mais afetado pela crise econômica e vem cedendo espaço para o comércio eletrônico, sofrendo com a dura concorrência das grandes plataformas virtuais, sobretudo as transnacionais, assim como das fábricas que, depois da pandemia, não querem mais intermediários na venda direta ao consumidor, que tem mudado seus hábitos de consumo e

passou confiar mais nas compras online.

O empoderamento do consumidor digital será, também, uma consequência importante dessa ruptura, fortalecendo as bases de um consumo identitário, analisado sob a ótica do compartilhamento de experiências online no âmbito do comércio eletrônico, assim como suas repercussões no fortalecimento de uma cidadania participativa e na mudança do comportamento empresarial.

O empresário, pós-crise, precisará se reinventar, pois se cada vez mais influenciado pelo valor da marca nesse ambiente tão competitivo deverá assumir uma postura mais responsável, entregando ao consumidor muito mais que um bom preço ou condição de pagamento, revelando outras habilidades que criem uma relação de identidade com o cliente, de modo a conseguir se manter relevante no

mercado e, ao mesmo tempo, fidelizar consumidores cada vez mais seletivos, como no bom exemplo das empresas que se diferenciaram na crise por preservarem os empregos e zelarem pela saúde física e mental de seu colaboradores.

Enfim, não há dúvida de que, após a pandemia, haverá uma nova “normalidade nas relações de consumo, motivo pelo qual o consumidor deverá estar atento aos comportamentos predatórios, reprimindo-os, através das inúmeras ferramentas jurídicas colocadas à sua disposição, como a Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), mas também valorizar iniciativas autenticamente virtuosas no mercado, que ilustram uma nova categoria de fornecedores responsáveis e comprometidos com a vertente identitária do consumo, tão valorizada nesse contexto de crise social e econômica.

Referências

AGÊNCIA BRASIL. **Cepal: crise por causa de covid-19 será uma das piores do mundo.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-03/cepal-crise-por-causa-de-covid-19-sera-uma-das-piores-do-mundo/>. Acesso em: 22/04/2020.

_____. **Pandemia fecha 39,4% das empresas paralisadas, diz IBGE.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-07/pandemia-fecha-394-das-empresas-paralisadas-diz-ibge/>. Acesso em: 14/08/2020.

BADIOU, ALAIN. **Sobre la situación epidémica.** 2020. Disponível em: <http://lobosuelto.com/sobre-la-situacion-epidemica-alain-badiou/>. Acesso em: 12.04.2020.

BAUMAN, Zygmunt. **A confiança e o medo na cidade.** Zahar; Edição: 1. 2009.

BESSA, Liz. **Surto, epidemia e pandemia: qual a diferença?**. 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/surto-epidemia-e-pandemia-diferenca/>. Acesso em: 13.04.2020.

BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael; MONTEIRO, Renato; RIELLI, Mariana. **Privacidade e pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19.** Conciliando o combate à COVID-19 com o uso legítimo de dados pessoais e o respeito aos direitos fundamentais. São Paulo: Data Privacy Brasil, 2020.

BRASIL. Empresa Brasileira de Comunicação. **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus.** Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus/>. Acesso em: 10.04.2020.

CAMPOS, Mari. **A pandemia do coronavírus e o turismo.** Disponível em <https://viagem.estadao.com.br/blogs/sala-vip/a-pandemia-do-coronavirus-e-o-turismo/>. Acesso em 28/04/2020.

CBN. TALVEZ seja necessário demonstrar boa saúde para viajar por meio de aplicativo após Covid-19. **Estúdio CBN**, 17 abril de 2020. Disponível em <https://m.cbn.globoradio.globo.com/media/audio/298593/talvez-apos-covid-19-seja-necessario-demonstrar-es.htm/>. Acesso em 18/04/2020.

DAVIS, Mike. **A crise do coronavírus é um monstro alimentado pelo capitalismo.** Disponível em: <https://esquerdaonline.com.br/2020/03/30/mike-davis-a-crise-do-coronavirus-e-um-monstro-alimentado-pelo-capitalismo/>. Acesso em: 21/04/2020.

ESTADÃO. **A pandemia do coronavírus e o turismo.** Disponível em: <https://viagem.estadao.com.br/blogs/sala-vip/a-pandemia-do-coronavirus-e-o-turismo/>. Acesso em: 29/04/20.

EXAME. **O que aconteceu desde que o novo coronavírus foi descoberto na China.** Disponível em: <https://exame.abril.com.br/ciencia/o-que-aconteceu-desde-que-o-novo-coronavirus-foi-descoberto-na-china/>. Acesso em: 21/04/2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Coronavírus faz Alemanha abandonar austeridade depois de 6 superávits seguidos.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/03/coronavirus-faz-alemanha-abandonar-austeridade-depois-de-6-superavits-seguidos/>. Acesso em 29/04/2020.

_____. **Grupo dono da Zara anuncia fechamento de 1.200 lojas após vendas caírem 44%.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/06/grupo-dono-da-zara-anuncia-fechamento-de-1200-lojas-apos-vendas-cairem-44-shtml?origin=folha/>. Acesso em 14/08/2020.

_____. **Ricardo Eletro demite 3.500, fecha todas as lojas e pede recuperação judicial.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/08/ricardo-eletro-fecha-todas-as-lojas-e-pede-recuperacao-judicial.shtml/>. Acesso em 14/08/2020.

_____. **Magazine Luiza compra site de notícias de tecnologia para aumentar venda de anúncio.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/08/magazine-luiza-compra-site-de-noticias-de-tecnologia-para-aumentar-venda-de-anuncios.shtml/>. Acesso em 14/08/2020.

_____. **Magazine Luiza compra Hubsales, que faz indústrias venderem direto para consumidores.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/magazine-luiza-compra-hubsales-que-faz-industrias-venderem-direto-para-consumidores.shtml/>. Acesso em 14/08/2020.

GUERRA, Ana Rita. Não haverá normal: futuristas preveem mudanças permanentes pós-coronavírus. **Diário de Notícias**, 26 de março de 2020. Disponível em: <https://www.dn.pt/dinheiro/nao-havera-normal-futuristas-preveem-mudancas-permanentes-pos-coronavirus-11987179.html/>. Acesso em: 22/04/2020.

HAN, Byung Chul. **Psicopolítica:** O neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Belo Horizonte: Ed: Ayine, 2018.

_____. O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã, segundo o filósofo Byung-Chul Han. **El país**. 22 março 2020. Disponível em <https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.html/>. Acesso 26 mar 2020.

HARVEY, David. **Política anticapitalista en la época de COVID-19**. 2020. Disponível em: <http://lobosuelto.com/politica-anticapitalista-en-la-epoca-de-covid-19-david-harvey/>. Acesso em: 12.04.2020.

INFOMONEY. **Amazon cresce com pandemia, mas enfrenta crise interna e preocupações com segurança**. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/amazon-cresce-com-pandemia-mas-enfrenta-crise-interna-e-preocupacoes-com-seguranca/>. Acesso em 14/08/20.

KOZLOVSKI, Aline Chamiê. **O controle da oferta excessiva pelos meios eletrônicos e a velocidade das contratações no mercado de consumo**. In: VERBICARO, Dennis; ATAÍDE, Camila; ACIOLI, Carlos. Provocações contemporâneas no direito do consumidor. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LISBOA, Vinícius. Petrobras reduzirá investimentos, produção e gastos com RH. **Agência Brasil**, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-03/petrobras-reduzira-investimentos-producao-e-gastos-com-rh>. Acesso em: 22/04/2020.

LOMAS, Natasha. An EU coalition of techies is backing a ‘privacy-preserving’ standard for COVID-19 contact tracing, **TechCrunch**, 1 de abril de 2020. Disponível em: <https://techcrunch.com/2020/04/01/an-eu-coalition-of-techies-is-baprivacypreservingstandard-for-covid-19-contacts-tracing/>. Acesso dia 17 abril 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. Proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito de UFRGS**, n° 23, 2003.

MUCELIN, Guilherme. D’Aquino, Lúcia Souza. O papel do direito do consumidor para o bem estar da população brasileira e o enfrentamento à Pandemia de COVID-19. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 129, mai-jun./2020. Disponível em: <<https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1040/909>. Acesso em: 13.04.2020.

OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Resolucion nº 1/2020 – Pandemia y Derechos Humanos en las Américas**. 2020.

PANORAMA FARMACÊUTICO. **Por que o coronavírus agora se chama covid-19 e como esses nomes são criados?** Disponível em: <https://panoramafarmaceutico.com.br/2020/02/12/por-que-o-coronavirus-agora-se-chama-covid-19-e-como-esses-nomes-sao-criados/>. Acesso em: 21/04/2020.

UOL. **Embaixada da China rebate Eduardo Bolsonaro: contraiu “vírus mental”** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/03/18/embaixada-da-china-rebate-eduardo-bolsonaro-contraiu-virus-mental.htm>. Acesso em 28/04/2020.

_____. **Como apps de entrega estão levando pequenos restaurantes a falência**. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/bbc/2020/02/08/como-apps-de-entrega-estao-levando-pequenos-restaurantes-a-falencia.htm>. Acesso em 29/04/2020.

VALENTE, Jonas. **Governo recomenda cancelamento de eventos por causa do coronavírus**. Agência Brasil, 13 mar. 2020. Disponível em: [<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/coronavirus-governo-recomenda-cancelamento-e-adiamento-de-eventos>]. Acesso em: 05.03.2020.

VERBICARO, Dennis. **Consumo e Cidadania**: identificando os espaços políticos de atuação qualificada do consumidor. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

WIKIPEDIA. **Wuhan**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Wuhan>. Acesso em: 21/04/2020.

YUGE, Cláudio. **Emissão de gases causadores de mudanças climáticas bate recorde em 2019**. Disponível em: <https://canaltech.com.br/meio-ambiente/emissao-de-gases-causadores-de-mudancas-climaticas-bate-recorde-em-2019-156999/>. Acesso em: 22/04/2020.

ZETTER, Kim. Anonymized Phone Location Data Not So Anonymous, **Researchers Find**. 2013. Disponível em: <https://www.wired.com/2013/03/anonymous-phone-location-data/>. Acesso em 18 abril 2020.

ZIBECHI, Raúl. **Coronavírus: a militarização das crises**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596663-coronavirus-a-militarizacao-das-crises-artigo-de-raul-zibechi>. Acesso em: 21/04/2020.

O JULGAMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES TERRITORIAIS AOS EFEITOS *ERGA OMNES* DA SENTENÇA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

LUIZ ALBERTO G. S. ROCHA

Doutor em Direito do Estado (USP). Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará. Advogado. luizalbertorocha@hotmail.com

RESUMO: A doutrina e a jurisprudência vêm trabalhando continuamente para adequar os institutos jurídicos brasileiros às demandas da tutela coletiva dentro da atual condição de sociedade de massa em que vivemos. É consenso que a lógica da tutela individual não tem possibilidade de oferecer solução processual adequada aos casos que requerem a defesa de interesses difusos ou coletivos. Por isto era grande a crítica que se fazia sobre os limites territoriais aos efeitos *erga omnes* da sentença em Ação Civil Pública determinada na alteração legislativa

imposta pela Medida Provisória 1.570/97 ao art. 16 da LACP. Assim, o julgamento de inconstitucionalidade da alteração pelo Supremo Tribunal Federal tem sido muito festejado. O artigo explica a importância da decisão e apresenta as razões da inconstitucionalidade nos votos dos Ministros buscando oferecer ao Judiciário paraense um texto referencial que o auxilie em suas atividades cotidianas.

Palavras-chave: tutela coletiva; ação civil pública; inconstitucionalidade; efeitos *erga omnes* da sentença.

ABSTRACT: Doctrine and jurisprudence have been working continuously to adapt Brazilian legal institutes to the demands of collective protection within the current condition of mass society in which we live. It is a consensus that the logic of individual protection does not have the possibility of offering an adequate procedural solution to cases that require

the defense of diffuse or collective interests. For this reason, there was a great criticism about territorial limits to the effects of the sentence in Public Civil Action determined in the legislative amendment imposed by the Medida Provisória 1.570/97 to art. 16 of the LACP. Thus, the Supreme Federal Court's judgment of unconstitutionality of the amendment has

been widely celebrated. The article explains the importance of the decision and presents the reasons for unconstitutionality in the votes of Ministers seeking to offer the Paraense Judiciary a referential text that

helps them in their daily activities.

Keywords: collective guardianship; public civil action; unconstitutionality; *erga omnes* effects of the sentence.

Sumário: 1. O constitucionalismo e a sociedade de massa. 2. A ineficiência da tutela individual para solução de litígios de massa. 3. O problema posto pela inclusão do limite territorial aos efeitos *erga omnes* da sentença em Ação Civil Pública

(art. 16, LACP alterado pela Medida Provisória n. 1.570/97). 4. O julgamento do Recurso Extraordinário 1.101.937/SP pelo Supremo Tribunal Federal. 5. A importância do julgamento para o Judiciário paraense. 6. Referências.

1. O constitucionalismo e a sociedade de massa



Constitucionalismo ocidental pode ser examinado por momentos históricos que se amoldam com alguma adequação metodológica às gerações de direitos humanos. Assim, o nascimento das Constituições liberais esteve, em muito ligado, à emergência de direitos individuais que representavam um ganho de segurança jurídica frente ao Estado leviatânico que impunha o controle social pelo medo.

A Constituição Social é uma resposta às iniquidades entre classes sociais que encontrou diversos pontos de equilíbrio entre o capital e o trabalho, ora mais à socialista ora mais ao capital, mas que incorporou ao rol preliminar de direitos uma nova dinâmica de construção da relação Estado e sociedade. Isto porque a garantia dos direitos sociais demandava que o Estado concretizasse uma prestação de serviço público, em contraposição à inanição que lhe era demandado quanto ao respeito das liberdades públicas.

Os direitos sociais nasceram com uma lógica coletiva de equilíbrio social pela entrega de direitos às classes sociais mais sofridas pelo embate social pela disputa do quinhão de riqueza produzida. Ao mesmo tempo que buscava controlar econômica-

mente a atividade econômica capitalista para evitar os desequilíbrios da concentração de mercado por meio de monopólios e oligopólios, tentava atribuir ao Estado uma função redistributiva da riqueza produzida em garantias mínimas de bens coletivos como trabalho, saúde, educação, previdência social e moradia, por exemplo.

A adaptação do constitucionalismo a novas demandas e transformações sociais não tardou a trazer os direitos a novo patamar fundado na solidariedade que não mais era tomada pela perspectiva de classe, mas pelo critério humano de coabitantes do mesmo espaço físico que partilham o mesmo destino comum.

A terceira geração de direitos humanos mudam o parâmetro da classe para o da fraterna convivência entre todos irradiando direitos que não se encontram na lógica da divisibilidade individual, nem se agrupam pelo critério de classe social. Antes, porém, são definidos pela condição humana fazendo-o difundir-se indistintamente entre toda a coletividade de pessoas humanas.

A resposta constitucional a essa nova perspectiva é hipercomplexa porque, ao não deixar de lado a garantia de direitos individuais e sociais, incorpora direitos com materialidade mais profunda que não caminham na esfera, já em si complicada, da disputa econômica entre empregadores e trabalhadores, mas na reestruturação completa da organização da comunidade para prover direitos à saúde na perspectiva humana (e não nos limites do conjunto de classe)

que demandam um desenho de política pública que envolve repensar parâmetros de universalidade e de igualdade, por meio de uma ação promocional, protetiva e de recuperação contando com ações e serviços de saúde oferecidos diretamente pelo Poder Público e complementarmente pela iniciativa privada.

Assim, também o meio ambiente em seu insondável equilíbrio ecológico que permita seu usufruto e exploração de recursos à sadia qualidade de vida, sem descuidar de sua defesa e proteção para as presentes e futuras gerações. Já a educação é promovida em cooperação pelo Estado e pelas famílias para o desenvolvimento da pessoa, para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. Sendo novamente demandado que a política pública construída pelo Estado equilibre princípios de igualdade de condições de acesso, o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, a gestão democrática, a garantia de qualidade e que o processo de aprendizagem seja garantido ao longo da vida.

Ora, equilibrar todos esses parâmetros em uma sociedade cada vez mais diversa e com horizontes de vida cada vez mais ampliados pelo acesso a uma quantidade enorme de informações instantâneas e produzidas por multiplataformas não é, por certo, tarefa fácil. Sobre ela se escrevem diversos trabalhos em tantas áreas do conhecimento quanto se possa imaginar.

2. A ineficiência da tutela individual para solução de litígios de massa



As dificuldades no Direito também não são diferentes dos demais campos do conhecimento, mas principalmente no Direito o enfoque é conseguir transportar as ideias da garantia de direitos individuais do primeiro momento de

construção do constitucionalismo ocidental para a lógica da sociedade de seres humanos que não se enquadram ao arcabouço legal (e mesmo a forma como o ensino jurídico foi prestado por gerações e gerações) da defesa dos interesses individuais em um processo de tutela individual com parâmetros de equilíbrio formal das pretensões em disputa litigiosa nos contornos da verdade endoprocessual.

O reconhecimento do desequilíbrio material entre os litigantes ocasionais e os grandes litigantes contumazes revelou não só as dificuldades de equilibrar as armas processuais que cada qual faz uso durante o procedimento ordinário, mas também a necessidade de que tais disputadas sejam refundadas em um processo de tutela coletiva em que a solução é buscada pela integração ao processo de defensores do bem público (Ministério Público, Defensoria Pública, associações, partidos políticos, sindicatos), pelo acesso democrático ao processo coletivo (audiências públicas, intervenção de terceiro) que somassem aos autos outros conhecimentos que não só aquele produzidos exclusivamente no Direito, e pela repercussão dos efeitos da decisão que fosse para além da mera solução *inter partes* do conflito.

Sobre esse último ponto, aliás, parece remanescer a essência da tutela coletiva. Ou seja, a solução do processo, após exauriente instrução de conhecimento, não pode se dar somente no estrito âmbito das partes litigantes para as quais vai se formar a coisa julgada, sem beneficiar nem prejudicar aqueles que não tomaram parte do processo.

Não tomar parte do processo não desnatura o interesse intrínseco de numerosas pessoas que detêm a mesma garantia de direitos constitucionais e que, ainda que sob a lógica de um direito subjetivo difuso ou indeterminável, têm interesse de vê-los protegidos, respeitados e, sob o olhar dos direitos de prestação, que sejam oferecidos pelo Estado por meio de políticas públicas inclusivistas⁵.

⁵ Os principais motivos que estimularam o desenvolvimento do processo coletivo foram: (a) a intensificação das relações sociais, que aumentaram a ocorrência de lesões de direitos com larga abrangência; (b) o reconhecimento de direitos que não possuíam titular individual – os direitos

O principal da tutela coletiva é que, apesar do direito ser caracteristicamente difuso, nem todos aqueles que dele deveriam se beneficiar têm condições de participar do processo para, sob a metodologia da tutela individual, obter os benefícios da coisa julgada. A defesa de interesses difusos atribuída institucional e constitucionalmente a *players* específicos faz com que essa incapacidade individual de defender-se, e mais defender-se com qualidade processual que lhe permita maiores chances de uma tutela judicial positiva, seja “subsidiada” pelo Estado permitindo que se possa minimamente tratar a todos com igualdade de direitos.

Não é desconhecido que a Lei da Ação Popular primeiro surge no direito brasileiro com o olhar da tutela do patrimônio público atribuindo-se a legitimidade ativa ao cidadão que poderia intervir na administração pública evitando que a lesão do interesse público se efetivasse. Mais tarde a Lei da Ação Civil Pública surge, já na proximidade do atual capítulo constitucional, para a defesa de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens imateriais de valor artístico, estético, históricos, turístico e paisagístico. E, logo em seguida, se incorporaram outros tantos campos como os interesses difusos e coletivo, a ordem econômica e urbanística, e a honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

A legitimidade ativa que, a princípio, atribuíase principalmente ao Ministério Público, é ampliada legal e jurisprudencialmente a outros atores representativos do interesse coletivo que buscam o reconhecimento do direito e sua prestação de forma ampla, difusa e coletiva que alcance a todos os grupos humanos abrigados no Estado brasileiro.

Foi também, e principalmente, com a Constituição brasileira de 1988 que esse processo de

defesa coletiva assumiu um caráter epistemológico com a incorporação do direito difuso e coletivo como elemento de característica material dos direitos constitucionais reconhecidos, como também a defesa processual de tais direitos ganhou envergadura normativa com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor nascido já nesse raiair do pensamento coletivo.

A defesa legal do consumidor em 1990 é não só o desdobramento específico de todo um campo de direitos que não podiam mais ser regulados por uma legislação civilista meramente obrigacional, mas também é o reconhecimento de que a solução dos conflitos por direitos requer um pensamento integrativo e comum a todos: a tutela coletiva.

O artigo 81 ao conceituar a tutela difusa, coletiva e mesmo os direitos individuais homogêneos permitiu que eles viessem a ser processualizados de forma diferente objetivando a solução harmônica de interesses da comunidade e não improdutivamente compartamentalizados em processos individuais nos limites subjetivos formais do autor e do réu.

A tutela coletiva requereu que as soluções judiciais passassem pela atribuição de efeitos *erga omnes* e *ultra partes* extrapolando as barreiras, principalmente, econômicas que dificultam que os indivíduos litigassem pela defesa de seus interesses. Aliás, a natureza difusa de interesses comunitários seja do meio ambiente, seja do consumidor, seja econômico *lato sensu*, dificulta ainda mais que a lógica da tutela individual, ligada à demonstração clara e específica do interesse de agir do autor, pudesse ser aplicada.

Some-se à dificuldade ontológica de defesa individual do interesse difuso ou coletivo, o fato de que a equação financeira da tutela individual não

“fecha a conta”. Isto porque, por mais que a tutela individual seja vitoriosa, o litigante contumaz do Judiciário não sofre repreensão suficiente, principalmente sob a ótica financeira, para alterar sua posição econômica de produtor de bens ou fornecedor de serviços⁶. Indiretamente a tutela individual, em termos econômicos e sob o olhar de macrolitígio, mantém inalterada a relação conflituosa e de desrespeito aos direitos fundamentais.

Já a tutela coletiva que tem o afã de homogeneizar a solução de mérito que se leva ao Judiciário impõe o alcance *erga omnes* e *ultra parts* para todos os indivíduos que partilham, de forma determinada ou indeterminável, sos mesmos direitos em discussão. Assim, a solução “uma por todas” garante a eficiência socioeconômica da decisão, além de contribuir para a prestação jurisdicional em tempo razoável.

3. O problema posto pela inclusão do limite territorial aos efeitos *erga omnes* da sentença em Ação Civil Pública (art. 16, LACP alterado pela Medida Provisória n. 1.570/97)



No direito brasileiro, assim vinha se construindo uma doutrina da tutela coletiva com o apoio na estrutura constitucional e legal que já se tinha em vigor e com os avanços oferecidos pela doutrina e pela jurisprudência formada pela rica experiência dos casos concretos. Houve então um ponto de ruptura do desenvolvimento do processo coletivo com a edição da Medida Provisória n. 1.570, de 26 de março de 1997, pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Segundo a Exposição de Motivos, a Medida Provisória n. 1.570/97 buscava limitar os efeitos das

medidas antecipatórias que pudessem causar sérios danos às Finanças Públicas com repercussões graves sobre todo o quadro econômico e social. Assim, sua conversão na Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, restringiu diversas formas de tutela contra a Fazenda Pública com várias destas medidas tendo sido revogadas pela legislação posterior. Mas também a Medida Provisória n. 1.570/97 trouxe alteração importante na Ação Civil Pública “*com vistas a conferir maior clareza aos efeitos das decisões proferidas em ação civil pública*”. Os motivos da alteração legislativa foram expostos nos seguintes termos:

Assim, o art. 3º da proposta, ao dar nova redação ao art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, determina que a sentença civil fará coisa julgada **erga omnes** nos limites da competência territorial do órgão [sic] prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Tal proposta resolve uma conhecida deficiência do processo de ação civil pública que tem dado ensejo a inúmeras distorções, permitindo que alguns juízes de primeiro grau se invistam de uma pretensa “jurisdição nacional”. A despeito das censuras já emitidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o mau uso da ação civil pública, inclusive como instrumento de controle de constitucionalidade com eficácia contra todos, persistem algumas tentativas de conferir eficácia universal às decisões liminares ou às sentenças dos juizes de primeiro grau. Dai a necessidade de que se explicite, de certa forma, o óbvio, isto é, que a decisão judicial proferida na ação civil pública tem eficácia nos limites da competência territorial do órgão judicial. (negrito do original)

A alteração legislativa incluiu no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública que os efeitos *erga omnes* ficariam legalmente contidos “*nos limites da*

difusos; (c) a impossibilidade de defesa coletiva de direitos pela disciplina processual individualmente concebida; (d) o desestímulo de se buscar individualmente a reparação de lesões coletivas de menor expressividade, deixando tal sorte de direitos sem tutela eficaz; (e) a economia processual, evitando-se o ajuizamento de diversas ações sobre o mesmo tema; (f) a uniformização da jurisprudência.” In: MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 332.” (voto do Min. Edson Fachin, RE 1.101.937/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 7/4/2021).

O Min. Nunes Marques em seu voto refere-se à atualização da visão individualista do processo civil para o tratamento coletivo de demandas “em razão do reduzido efeito dissuasório contra novas e idênticas condutas lesivas, da lentidão da Justiça e custos elevados” (voto do Min. Nunes Marques, RE 1.101.937/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 7/4/2021).

competência territorial do órgão prolator”. A intenção expressa era conter os limites da decisão em tutela coletiva, porém confundiu-se competência com coisa julgada, porque a coisa julgada erga omnes não tem relação com as técnicas legislativas de definição da competência do juiz que decide. A decisão coletiva, por sua própria natureza, abarca todo o grupo de vítimas da natureza do direito lesado independentemente do espaço geográfico em que se encontram.

Apesar de uma certa unanimidade na doutrina, restava ainda formalmente válida a última das mudanças legislativas restritivas de direitos processuais da malfadada Medida Provisória n. 1.570/97 até que recentemente, em 09 de abril de 2021, o Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85). É o resumo dos fundamentos dos votos dos Ministros que nos passam a interessar agora, tanto para conhecimento das razões da inconstitucionalidade como também para aprender um pouco mais sobre a natureza da tutela coletiva dentro da sociedade de massa.

4. O julgamento do Recurso Extraordinário 1.101.937/SP pelo Supremo Tribunal Federal



Recurso Extraordinário 1.101.937/SP foi interposto contra acórdão proferido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de Embargos de Divergência e teve

sua origem na ação coletiva de revisão contratual, processada com base no art. 81 e seguintes do CDC, proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) em favor de seus associados contra diversos bancos.

A decisão de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido de antecipação de tutela para suspender a eficácia de várias cláusulas contratuais, bem como paralisar execuções judiciais já iniciadas, pelo que foi interposto Agravo de Instrumento junto ao TRF da 3ª Região levantando-se, entre outras teses, a limitação territorial das decisões proferidas na ação coletiva.

O TRF da 3ª Região, por maioria, cassou a decisão gravada sem analisar a questão dos limites territoriais, cujo pronunciamento foi precipitado por Embargos de Declaração sem que a tese fosse acolhida, pois entendeu-se que não incidia o disposto no art. 16 da LACP, isto porque o interesse mais amplo do direito em discussão não poderia ser restringido territorialmente⁷. O processo seguiu para o Superior Tribunal de Justiça por meio de Recurso Especial tendo a tese de limitação territorial sido acolhida inicialmente, em decisão monocrática, pela Min. Nancy Andrighi e, posteriormente, atacada via Agravos Internos, todos desprovidos pela Terceira Turma do STJ.

Proposto, então, Embargos de Divergência, a Corte Especial do STJ os acolheu para restaurar o acórdão recorrido mantendo o afastamento da limitação territorial do art. 16 da Lei da ACP⁸ levando a propositura do Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal sob o fundamento de que (A) a eficácia da sentença coletiva para além da competência territorial diverge da tese fixada pelo Plenário do

STF na ADI 1.576/DF, rel. Min. Marco Aurélio, e no RE 612.043/PR, rel. Min. Marco Aurélio (Tema 499) e ainda que, nestes mesmos julgamentos, (B) o STF considerou constitucional o art. 2º-A da Lei n. 9.494/97⁹. Por fim, que (C) ao afastar a incidência do art. 16 da LACP, o acórdão recorrido violou a cláusula de reserva de Plenário por violação ao rito da declaração incidental de inconstitucionalidade.

Superadas questões preliminares de admissibilidade, o Plenário do STF reconheceu repercussão geral do RE em 13/2/2020, bem como foram admitidos em seguida a participação de terceiros na condição de *amicus curiae*, tendo sido finalizado a instrução com o parecer da Procuradoria-Geral da República pelo desproimento do Recurso Extraordinário¹⁰.

Uma vez instruído, o Min. Alexandre de Moraes apresentou, como relator, seu voto pela negativa de provimento ao Recurso Extraordinário fundamentando-o em três capítulos principais. No primeiro afasta a incidência do Tema 499 de Repercussão Geral, pois aquele examinou a eficácia subjetiva da coisa julgada de ação coletiva de rito ordinário (art. 2º-A, Lei n. 9.494/97) que, esclarecido inclusive, na oportunidade, por Embargos de Declaração, não ana-

lisava a limitação territorial dos efeitos erga omnes da ação civil pública¹¹. E mesmo na negativa de liminar pelo Plenário do STF na ADI 1.576-MC, o mérito da inconstitucionalidade não chegou a ser analisado, porque a Medida Provisória n. 1.570/97 foi sucessivamente reeditada sem que o autor houvesse aditado os termos da inicial, declarando-se, ao final, o prejuízo da ADI sem que fosse deliberado definitivamente sobre a constitucionalidade ou não do art. 16 da LACP¹².

No segundo momento, o Min. relator examina o status constitucional dos direitos difusos e coletivos indicando que a Constituição de 1988 ampliou a proteção aos interesses difusos e coletivos não só para lhes conferir envergadura constitucional, mas também lhe oferecendo instrumentos de garantia de efetividade como é o caso do mandado de segurança coletivo, da ação popular e da ação civil pública, transcendendo, portanto, a proteção exclusivamente individual para instâncias coletivas de garantira de direitos. E, logo em seguida, em terceiro capítulo, passou a examinar a coisa julgada erga omnes e a limitação territorial do art. 16 da LACP.

O Min Alexandre de Moraes lembrou que a ver-

⁷ “Não é possível admitir a limitação dos efeitos da decisão proferida em sede de ação coletiva, para circunscrevê-los tão somente aos limites territoriais que se compreendem na competência do juiz prolator, pois, se assim fosse, estaríamos desvirtuando a natureza da ação e, o que é mais grave, dividindo, cindindo o direito coletivo, difuso ou individual homogêneo, criando, assim, um direito regional” (ED em AI 0098806-07.2007.4.03.0000, TRF3).

⁸ “No julgamento do recurso especial repetitivo (representativo de controvérsia) n.º 1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a regra prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85, primeira parte, consignou ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante” (ERESP 1.134.957/SP, STJ, Corte Especial).

⁹ Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

¹⁰ 5. A restrição territorial estabelecida pelo art. 16 da Lei 7.347/1985 mostra-se imprópria para as ações civis públicas que versem sobre direitos difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos, em face das características do processo coletivo de tratamento único e uniforme do litígio e da indivisibilidade do bem jurídico tutelado.

6. Afastar a limitação territorial da coisa julgada *erga omnes* das ações civis públicas significa (i) dar primazia aos preceitos constitucionais pertinentes ao sistema de defesa coletiva; (ii) favorecer a administração da Justiça; (iii) proteger a vulnerabilidade dos titulares do interesse coletivo reivindicado; e (iv) conferir tratamento isonômico aos jurisdicionados.

7. A constitucionalidade do disposto no art. 16 da Lei 7.347/1985, com a redação dada pela Lei 9.494/1997, há de ser analisada em paralelo com a evolução do próprio sistema de defesa coletiva, a qual oferece alternativas que minoram o risco de uso abusivo das ações coletivas e evitam o chamado *forum shopping*” (Parecer PGR, RE 1.101.937/SP).

¹¹ “A ação coletiva de rito ordinário, embora faça parte do grupo de sentenças com caráter coletivo, não se confunde com a ação civil pública! Nesta ação, a associação limita-se a defender direito coletivo de seus associados, mas não de toda a coletividade” (voto do Min. Ricardo Lewandowski, RE 1.101.937/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 7/4/2021).

¹² “SENTENÇA - EFICÁCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Em princípio, não se tem relevância jurídica suficiente à concessão de liminar no que, mediante o artigo 3º da Medida Provisória nº 1.570/97, a eficácia erga omnes da sentença na ação civil pública fica restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator” (ADI 1576-MC, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 16/04/1997).

são original do art. 16 da LACP, baseou-se no art. 18 da LAP que também é encontrada no art. 103 do CDC, para estabelecer efeitos *erga omnes* para a sentença civil proferida em processo que decide sobre direitos difusos e coletivos, e cuja aplicação foi reconhecida pelo Plenário do STF no julgamento das ações individuais dos portadores de títulos de propriedade nas áreas da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388 ED/RR, rel. Min. Roberto Barroso, p. 04/2/2012). Reconhecendo-se assim que os efeitos subjetivos da sentença alcançam os potenciais beneficiários da decisão judicial, sem qualquer limitação territorial.

Também referiu-se a precedente do Plenário do STF na homologação do Termo Aditivo ao “Acordo Coletivo de Planos Econômicos” (ADPF 15, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 29/5/2020) em que expressamente aplicou-se o art. 103 do CDC em detrimento do art. 16 da LACP, restando consignado, no Tema 480, que “*os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)*”.

Por tudo isso reconhece o Ministro relator que a alteração legislativa promovida pela Medida Provisória n. 1.570/97 foi “*na contramão do avanço institucional de proteção aos direitos metaindividuais, na tentativa de restringir os efeitos erga omnes da coisa julgada nas demandas coletivas aos limites da competência territorial do órgão prolator*”¹³. E justifica sua con-

clusão no fato de que a alteração confundiu os efeitos da decisão com sua qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade decorrentes da coisa julgada, já que a sentença espalha seus efeitos objetivos e subjetivos independentemente de onde se localizem as partes beneficiadas que não estabelece relação obrigatória com a competência territorial do órgão jurisdicional que a prolata. A competência territorial somente limita o exercício da jurisdição, mas não define os efeitos ou a eficácia da sentença que se relacionam diretamente com os limites da lide e das questões decididas.

O objeto do processo é que vai determinar a abrangência da coisa julgada, não a limitação da competência do órgão jurisdicional¹⁴. Assim, a limitação do rol de beneficiários da decisão coletiva pelo uso do critério de definição da competência territorial do magistrado não guarda correlação lógica, pois fraciona em células territoriais a defesa de interesses difusos e coletivos, obrigando-se que se proponham tantas demandas quanto forem os territórios em que residem as pessoas lesadas, “*acarretando grave prejuízo ao necessário tratamento isonômico de todos perante a Justiça*”¹⁵.

A proteção de interesses da ação civil pública se dá sobre beneficiários indetermináveis (direitos difusos) ou indeterminados em um primeiro momento (direitos coletivos ou individuais homogêneos) que podem, tranquilamente, estar dispersos em diferentes Municípios ou mesmo Estados, sem que o local em que residem possa restringir por si só a efe-

tividade da prestação jurisdicional, e os princípios da igualdade e da eficiência. Entender de forma diversa é abrir espaço para que haja tratamento diferente para iguais conforme sejam dadas decisões judiciais diferentes em territórios diferentes¹⁶.

Assim é que o fracionamento meramente territorial dos efeitos da decisão de tutela coletiva ignora o desenvolvimento jurídico-político do sistema protetivo de interesses difusos e coletivos. Logo, não havendo motivo objetivo e razoável para que se sustente a competência territorial da jurisdição como critério de limitação dos efeitos da coisa julgada em tutela coletiva é certa a inconstitucionalidade do art. 16 da LACP, com a redação dada pela Lei n. 9.494/97.

Finalizou seu voto, procurando definir a competência para o processamento da ação civil pública de maneira a impedir a escolha de juízos aleatórios para o processo e julgamento das ações coletivas. Para tanto remeteu a solução à exegese do art. 2º da LACP combinado com o art. 93 do CDC. Aquele para definir o juízo do foro do local onde ocorre o dano para ações com âmbito meramente local, este para definir o foro da Capital do Estado ou no do Distrito

Federal para quando o dano alcance âmbito nacional ou regional¹⁷ ¹⁸. Sendo, em um ou outro caso, “o juiz competente (...) que primeiro conhecer da matéria ficará prevendo para processar e julgar todas as demandas que proponham o mesmo objeto”.

A maioria acompanhou o voto do Min. Alexandre de Moraes (assim, os Min. Ricardo Lewandowski, Nunes Marques, Edson Fachin, Gilmar Mendes - todos apresentando votos - e também os Min. Cármen Lúcia, Rosa Weber, e Luiz Fux - sem apresentarem voto), ficando o Min. Marco Aurélio com o voto divergente¹⁹, o Min. Dias Toffoli impedido e o Min. Roberto Barroso tendo jurado suspeição.

A tese vencedora ficou fixada nos seguintes termos:

- I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo reprimada sua redação original.
- II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

¹³ Neste ponto cita a professora Ada Pellegrini Grinover (Revista de Processo, n. 96) que sustenta que a alteração legislativa deu-se, na origem, em razão da ingerência política e econômica que buscava restringir efeitos condenatórios de demandas coletivas, principalmente no sentido de minimizar os impactos da decisões judiciais dentro do programa de privatização de entes públicos.

¹⁴ O raciocínio é o mesmo para a ação coletiva proposta por sindicato como ensina o Min. Gilmar Mendes: “a eficácia subjetiva da coisa julgada não pode ser vinculada apenas aos sindicalizados, mas à categoria profissional, de sorte que qualquer um que se enquadre como lesado, nos exatos contornos do título executivo judicial transitado em julgado, pode solicitar a execução, ainda que não seja vinculado ao sindicato autor” (voto do Min. Gilmar Mendes, RE 1.101.937/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 7/4/2021).

¹⁵ O Min. Nunes Marques expressou o mesmo entendimento: “Seria uma indesejável pulverização de demandas que bem poderiam ser julgadas de forma uniforme e célere por meio da ação civil pública. Aliás, a interpretação desejada pelos recorrentes caminha contra o princípio da isonomia de forma direta” (voto do Min. Nunes Marques, RE 1.101.937/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 7/4/2021).

¹⁶ Interessante ilustração da disparidade da limitação territorial sobre os efeitos da coisa julgada está em trecho do voto do relator Min. Luis Felipe Salomão (REsp 1.243.887/PR, Corte Especial, j. 19/10/2011): “*A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides. A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação a parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas*”.

¹⁷ Se o dano ocorrer em mais de um Estado, a opção pelo foro da capital do Estado pode contemplar qualquer capital de Estado situada na região atingida.

¹⁸ O Min. Gilmar Mendes aplicou no caso concreto a conclusão sobre a competência do juízo nos seguintes termos: “a demanda foi ajuizada na Seção Judiciária de São Paulo (13ª Vara Federal Cível), abrangendo dano de natureza nacional, de sorte que, observada a competência territorial absoluta (art. 93, II, do CDC), a eficácia subjetiva da coisa julgada deve possuir âmbito nacional” (voto do Min. Gilmar Mendes, RE 1.101.937/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 7/4/2021).

¹⁹ Sinteticamente o Min. Marco Aurélio fundamentou sua divergência nos posicionamentos já tornados públicos na ADI 1576/DF e no RE 612.043/PR em que “o legislador restringir os efeitos do pronunciamento ao âmbito territorial do órgão prolator, prestigiando a organização da atividade jurisdicional” (voto divergente do Min. Marco Aurélio, RE 1.101.937/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 7/4/2021), já que o caráter amplo da decisão proferida compromete a legitimidade do pronunciamento, muitas vezes distante das múltiplas realizadas da causa podendo acarreta prejuízos aos jurisdicionados.

III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas”

Apesar da grande maioria acompanhar o voto do Ministro relator, não deixa de ser interessante para fins de compreensão mais completa da profundidade da decisão (*leading case*) para o exercício da tutela coletiva no Brasil ater-se às lições tiradas de outros votos apresentados no julgamento.

O Min. Lewandowski pontuou que a Constituição Cidadã foi construída atenta aos novos tempos de massificação das relações sociais que privilegia a tutela coletiva de direitos, pois tal técnica possibilita solução igualitária dos litígios massificados e responde, desta maneira, à transmutação da litigiosidade interpessoal para aquela que contrapõe grupos a organizações.

Cita Marc Galanter ao referir à necessidade que o sistema de justiça equalize as vantagens entre os litigantes habituais e os ocasionais ou individuais, já que os primeiros ostentam capacidade de atuação coordenada e estratégias de longo prazos, além de se beneficiar de serviços jurídicos de alta qualidade. Assim, o associativismo da tutela coletiva permite a diluição dos riscos do litígio para os litigantes ocasionais.

Reforça o argumento do Min. Relator ao indicar que a mudança do art. 16 da LACP confundiu os conceitos de competência territorial (medida de jurisdição do órgão julgador) com a extensão subjetiva da coisa julgada (vinculação dos beneficiários do resultado da ação judicial) para indicar que se deve garantir o acesso à Justiça, sobretudo para os mais pobres, fortalecendo a tutela coletiva sem limitações artificiais criadas pela legislação impugnada.

O Min. Edson Fachin, por sua vez, ressaltou que o modelo do processo individualista consolida como privativa a solução do litígio das partes envolvidas, sendo apenas indireto o interesse de toda a comunidade. Já o paradigma processual pós-constitucional redimensionou a função jurisdicional para uma sociedade em que os conflitos não têm natureza

puramente individual, mas cada vez mais ganham contornos de conflitos de uma sociedade de massa e que, por isso, precisam de soluções processuais que adotem essa novas formas de participação.

5. Importância do julgamento para o Judiciário paraense



o julgado veio em boa hora remover o retrocesso legislativo trazido, em todos os seus esquadros, pela Medida Provisória n. 1.570, de 26 de março de 1997, repristinando à redação original do art. 16 da LACP e reforçando os contornos da tutela coletiva na defesa dos interesses difusos e coletivos com ampla relevância à maximização da eficácia dos direitos fundamentais.

Atenta-se que o Judiciário paraense também se insere na linha dos demais órgãos judiciais na defesa atenta dos interesses locais, regionais e nacionais da tutela coletiva podendo vir a ser protagonista da discussão nacional sobre tal ou qual direito. Revela-se assim que o conhecimento e o preparo do Judiciário paraense será, a qualquer momento, posto à prova no enfrentamento de questões de relevo regional ou nacional que demandarão a aplicação dos marcos constitucionais (epistemológicos e normativos) à tutela coletiva alinhando-se à solução adequada das demandas de uma sociedade de massa.

A extensão das decisões (efeito *erga omnes*) sem a limitação territorial, agora formalmente inconstitucional, é instrumento importantíssimo para a promoção do acesso de todos à Justiça e na aplicação da mesma decisão para posições jurídicas iguais. O reconhecimento de que o sistema bilateral de solução de disputas é insuficiente para uma série de demandas de relevo coletivo é cada vez mais claro, pelo que a sensibilidade constitucional do magistrado paraense deve estar mais atenta na identificação de lesões que muitas vezes o processo individual é incapaz de detectar com precisão.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: comentários por artigo (Lei 7.347, de 24/7/85). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Ações constitucionais**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL LEGISLATIVA CONCORRENTE EM MEIO ÀS CRISES CAUSADAS PELA COVID-19 E A INTERPRETAÇÃO DADA PELO STF NO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NA ADI 6341¹

THE CONSTITUTIONAL LEGISLATIVE COMPETENCE COMPETING IN THE CRISIS CAUSED BY COVID-19 AND THE INTERPRETATION GIVEN BY THE STF IN THE JUDGMENT OF THE PRECAUTIONARY MEASURE AT ADI 6341

ANA ELIZABETH NEIRÃO REYMÃO*
HUGO JOSÉ DE OLIVEIRA AGRASSAR**
SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY***

**Economista (UFPA), Doutora em Ciências Sociais (UnB), Mestre em Economia (UNICAMP). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento (PPGD) e da graduação do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Pesquisadora e Professora da Faculdade de Economia da Universidade Federal do Pará (UFPA). Líder do grupo de pesquisa CNPq Min Amazônia (Mineração e Desenvolvimento Regional na Amazônia). E-mail: bethrey@uol.com.br*

***Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA), especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional (PPGD-CESUPA). Analista judiciário (área judiciária) do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Participante do grupo de pesquisa CNPq Consumo e cidadania. E-mail: hugoagrassar@gmail.com*

****Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Desembargadora do Trabalho. Ex-presidente do TRT da 8ª Região (2016-2018). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento e da graduação do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Líder do grupo de pesquisas CNPq "Emprego, Subemprego e Políticas Públicas na Amazônia". E-mail: suzykoury@gmail.com*

¹ Publicado originalmente em Revista Meritum, v. 15, n. 2, maio/ago. 2020. p. 292-307.

RESUMO: O artigo analisa a competência legislativa concorrente delimitada no art. 24, XII, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), comparando decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos de normalidade e em tempos de crise, como é o momento vivenciado, diante da pandemia de COVID-19. Os julgamentos em foco são referentes à medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341 e na ADI 3937, ambos referentes à defesa

e proteção à saúde. Metodologicamente, o estudo é qualitativo, tendo como fontes o levantamento bibliográfico e documental, especialmente a pesquisa jurisprudencial. Conclui-se que o posicionamento da corte sobre a competência legislativa concorrente delimitada no art. 24, XII, da CF/1988, manteve-se no caso nos julgamentos analisados.

Palavras-chave: Competência legislativa concorrente. ADI. Pandemia. Federalismo. Saúde.

ABSTRACT: The paper analyzes the concurrent competence to legislate defined on the art. 24, XII, of the Brazilian Federal Constitution of 1988 (CF / 1988), comparing decisions of the Supreme Federal Court (STF) in times of normality and in times of crisis, as is the moment experienced, in the face of the COVID-19 pandemic. The judgments mentioned refer to the precautionary measure in Direct Unconstitutionality Action (ADI) 6341 and in the ADI 3937, both referring

to the defense and protection of health. Methodologically, the study is qualitative, having as sources the bibliographic and documentary survey, especially the jurisprudential research. It is concluded that the court's position on the concurrent competence to legislate defined on the art. 24, XII, of the CF / 1988, remained the same in the analyzed judgments.

Keywords: Concurrent competence to legislate. ADI. Pandemic. Federalism. Health.

1. Introdução



Esse artigo visa analisar a competência legislativa concorrente delimitada no art. 24, XII, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), comparando decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos de normalidade e em tempos de crise, como é o momento vivenciado, diante da pandemia de COVID-19.

Toma-se por base a interpretação dada pela corte no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341 (BRASIL, 2020d), de relatoria do ministro Marco Aurélio Mello, buscando verificar se há uma tendência de, ao menos em termos de defesa e proteção à saúde, reforçar a repartição de competência vertical na modalidade

concorrente, levando em consideração a autonomia entre os entes federados, a reafirmação da ausência de hierarquia entre eles, bem como a noção de prevalência do interesse para fins de convalidar a ideia de federalismo cooperativo e solidário que orienta a CF/1988 (BRASIL, 1988).

Na ADI 6341 (BRASIL, 2020d), o Partido Democrático Trabalhista (PDT) pedia a suspensão da eficácia de diversos dispositivos da Medida Provisória (MP) 926/2020 (BRASIL, 2020c) no enfrentamento do novo coronavírus, para fins de limitar a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios.

O debate ocorre em um momento em que se faz necessário o país adotar medidas de prevenção e contenção da COVID-19, doença causada por um novo vírus, o SARS-CoV-2, também conhecido como novo coronavírus. Inicialmente registrados

na China, em fins de 2019, os casos rapidamente aumentaram e ganharam proporção mundial, tendo a Organização Mundial de Saúde (OMS), em fins de janeiro, declarado situação de emergência de saúde pública internacional e, em 11 de março de 2020, evoluído para a declaração de pandemia.

De fato, os números revelam um quadro preocupante, vez que o total de casos confirmados no mundo já está próximo a 6 milhões, com mais de 350 mil mortes, em 28 de maio de 2020. Os Estados Unidos (EUA), com quase 1,7 milhões de casos, já ultrapassaram de longe a China (82.995), epicentro inicial da pandemia. O mesmo verifica-se no Brasil (438.812), Rússia (379.051) e Reino Unido (269.127) Itália (231.732), entre os exemplos de países com mais de 200 mil casos, como mostram os dados oficiais divulgados pelos respectivos governos e sistematizados por Stephanou (2020).

A situação provocou uma grave crise e a necessidade da adoção de medidas emergenciais em várias dimensões, como a sanitária, a econômica, a comportamental e a jurídica. Ela representa um desafio brutal para o Estado em termos de gerenciamento de seus sistemas de saúde, fortemente ameaçados de colapso diante do exponencial número de pessoas que precisam de atendimento. Ainda não há medicamento cientificamente aprovado para enfrentar o novo coronavírus, tampouco há vacina, que, segundo as previsões mais otimistas, estará disponível em um ano.

Traz desafios em termos econômicos, em decorrência de uma recessão que talvez supere a da Grande Depressão do início do século XX, quando a queda do produto interno bruto (PIB) dos países e o aumento do desemprego apavoraram o mundo. Entre 1929 e 1932-1933, o PIB caiu 30% nos Estados Unidos, 15% na América Latina, 9% na Europa, 5% na Itália (CIOCCA, 2009). Segundo a pesquisa semanal Focus, do Banco Central, haverá queda de 3,45% no PIB brasileiro em 2020, depois da queda de 3,8% no ano anterior. Além de redução do produto e da renda em dois anos seguidos, vários outros analistas já trazem previsões mais negativas para o país.

Estima-se que a taxa de desemprego do Brasil

se eleve dos atuais 11,6% para 16,1% no segundo trimestre de 2020, piorando o mercado de trabalho, que já atravessava uma fase ruim no país. Em números absolutos, representa 5 milhões de pessoas a mais desempregadas em apenas três meses, aumentando de 12,3 milhões para 17 milhões o número de pessoas sem trabalho, segundo mostra o Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (FGV IBRE).

Os desafios em termos sociais são enormes, como a importância de estruturar políticas públicas para aliviar o custo da dramática situação de insuficiência de renda de milhões de brasileiros, até porque já se tinha um quadro de desemprego e redução de direitos sociais e trabalhistas bastante complicados.

Rupturas comportamentais, especialmente as que decorrem do isolamento social (ou, no limite, do *lockdown*), têm alterado profundamente a forma como as pessoas interagem no mundo todo. O alto contágio do vírus impõe mudança de hábitos como lavar as mãos, usar máscaras, cancelar viagens e reuniões sociais. Impõe-se, em muitos casos, o teletrabalho, isso sem contar com alterações como o impedimento de familiares e amigos velarem os corpos e darem um sepultamento digno a seus queridos, vítimas fatais da doença.

Por fim, destacam-se os desafios jurídicos, vez que há muitas incertezas no atual momento. Problemas da economia afetam as organizações quanto à possibilidade de cumprimento (parcial ou total) dos contratos já celebrados. Apesar de existirem vários mecanismos jurídicos para mitigar riscos e penalidades a que estariam sujeitas as organizações empresariais, a depender da magnitude dos impactos da pandemia nas suas operações, o momento causa grandes preocupações. Os impactos nas relações de consumo de planos de saúde, por exemplo, trazem diversos questionamentos em termos das responsabilidades das partes.

A necessidade de atuação de todos os entes integrantes da federação brasileira pode, por certo, suscitar eventuais conflitos de competência, na medida em que, conforme o art. 24, XII, da CF/88, compete, concorrentemente, à União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar sobre previdência social, proteção e

defesa da saúde.

Nesse artigo, como já explicitado, a preocupação é quanto ao posicionamento do STF acerca da edição de normas por estados, Distrito Federal e municípios no enfrentamento do novo coronavírus vis-à-vis outros períodos, que denominaremos de normalidade.

Para tanto, efetua-se uma análise comparativa entre o julgamento da ADI 3937, em 2017 (BRASIL, 2017), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) contra a Lei 12.687/2007 (SÃO PAULO, 2007), editada pelo Estado de São Paulo, proibindo o uso de produtos, materiais ou artefatos que contivessem quaisquer tipos de amianto no território estadual e o adotado em 2020, no julgamento da ADI 6341 (BRASIL, 2020d).

Como problema de pesquisa, indaga-se: “a repartição constitucional de competência legislativa concorrente, na interpretação do STF em tema de proteção e defesa da saúde mantém a ideia de federalismo cooperativo e solidário determinada pela CF/1988?”.

Metodologicamente, a pesquisa é de abordagem qualitativa, buscando-se a interpretação do fenômeno e a atribuição de significados das decisões. Quanto aos objetivos, a pesquisa é exploratória, tendo como procedimento, adotar-se o levantamento bibliográfico e documental, notadamente a pesquisa jurisprudencial quanto ao posicionamento do STF nas duas decisões em análise.

O texto está estruturado em três partes, além desta introdução. A seção 2 discute o federalismo e a competência concorrente no constitucionalismo brasileiro em tempos de normalidade. Na seção 3, aborda-se a competência concorrente para legislar em tempos de anormalidade constitucional, analisando-se a decisão que referendou a medida cautelar na ADI 6341 (BRASIL, 2020). As conclusões do estudo são apresentadas ao final.

2. O federalismo e a competência concorrente no constitucionalismo brasileiro em tempos de normalidade



o federalismo brasileiro, consolidado pela Constituição de 1891 (BRASIL, 1891), formou-se por segregação, ou seja, foi fruto de uma descentralização política de um estado unitário em decorrência de um movimento centrífugo estabelecido pelo Decreto nº. 1 de 15/11/1889, o qual transformou as antigas províncias em estados-membros unidos de forma indissolúvel (HORBACH, 2013, p. 9).

Nas Constituições seguintes, 1934 e 1937 (BRASIL, 1934 e 1937), prevaleceu uma tendência centralizadora, com o aumento das competências da União e da presença do Governo federal na solução de problemas econômicos dos Estados-membros, o que foi considerado um retrocesso pois os estados e os municípios se tornaram menos autônomos nesse período do que no período do centralismo imperial (SILVA, 2009).

Essa tentativa de neutralização dos interesses regionais foi alterada na Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), que inaugurou um período de federalismo cooperativo. Uma das principais características desse federalismo cooperativo foi a maior transferência de recursos federais aos Estados-membros e aos municípios, mas a concentração, na União, dos grandes poderes nacionais de decisão e de disciplina legislativa (ABRÚCIO; SAMUELS, 1997).

Com a Constituição de 1967 (BRASIL, 1967) e suas emendas, a tendência centralizadora foi retomada, sendo crescente a redução da autonomia normativa dos Estados, prevalecendo o que Horta (1980/1982) nominou de federalismo puramente aparente.

A reabertura democrática e a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) conferiram uma nova configuração ao federalismo nacional, que voltou a ter um perfil cooperativo, modelo que pode ser inferido da análise do disposto no seu art. 24, que trata da competência concorrente, tendo sido estabelecidos desenhos institucionais em larga

escala para estruturar um Estado orientado a ser democrático e de direito (RANGEL, 2016, p. 218).

Discutindo a noção de competência e sua relação com as estruturas de poder delimitadas pela norma constitucional, destaca Canotilho (1993, p. 175-176):

Normas constitucionais de competência são aquelas nas quais se reconhecem certas atribuições a determinados órgãos constitucionais ou são estabelecidas esferas de competência entre os vários órgãos constitucionais. (...) Saliente-se, de acordo com as referências anteriores sobre a «contaminação material» das normas organizatórias, que as normas de competência comportam, muitas vezes, um conteúdo material respeitante não só ao dever de garantir a competência constitucionalmente fixada, mas também à própria razão de ser da delimitação de competência.

Essa nova configuração de delimitação dos poderes estatais baseou-se no princípio da predominância do interesse no que concerne à repartição de competências entre os entes federados, ou seja, à união competia o que fosse de interesse predominantemente nacional, aos estados, regional, e aos municípios, local, bem como na ideia de federalismo cooperativo o qual parte da noção básica da incapacidade de os entes federativos planejarem e implementarem, de maneira isolada, políticas públicas necessárias ao cumprimento das competências que lhes foram atribuídas pela Carta Magna (SCHIER et al, 2018, p. 221).

Por sua vez Horta (1991, p. 249-250), assim, aponta a importância da repartição de competência na Carta Magna brasileira para o amadurecimento do federalismo em busca do equilíbrio entre os entes:

A repartição de competências é exigência da estrutura federal de Estado, para assegurar o convívio dos ordenamentos que compõem o Estado Federal. A forma federal de Estado corresponde ao Estado composto e plural, fundado na associação de vários Estados, cada um possuindo o seu ordenamento jurídico, político e constitucional, conforme

as normas estabelecidas na Constituição Federal. (...) A repartição de competências, responsável pela definição constitucional do campo próprio de cada ordenamento, poderá acentuar a centralização, concentrando na Federação ou União a maior soma de poderes, ou conduzir à descentralização, reduzindo os poderes federais e ampliando os poderes estaduais, ou ainda, afastando-se das soluções extremas, dosar as competências federais e estaduais, de modo a instaurar na Constituição Federal o equilíbrio entre o ordenamento central e os ordenamentos parciais. No primeiro caso, a centralização de poderes configura o federalismo centrípeto; no segundo, a descentralização conduz ao federalismo centrífugo, e, no terceiro, o equilíbrio na dosagem das atribuições conferidas aos ordenamentos implantará o federalismo de equilíbrio.

Importante lembrar que, no plano externo, somente o Estado federal goza de personalidade jurídica internacional, sendo o governo central o responsável pela condução dos negócios exteriores da federação (BURDEAU, 1967). No plano interno, porém, o federalismo pressupõe a repartição de competências entre as diversas unidades da federação.

Essa repartição pode ser horizontal ou vertical. A primeira admite três soluções diferentes: a) a enumeração exaustiva das atribuições da União e dos Estados-membros; b) a enumeração da competência da União e a atribuição aos Estados dos poderes reservados ou não enumerados; e c) a enumeração da competência dos Estados-membros, de modo que as matérias não relacionadas sejam de competência do poder central.

Na repartição vertical, por sua vez, tem-se a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a união e os estados-membros, sendo a legislação federal reveladora das linhas essenciais. Caberá à legislação local “preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais” (HORTA, 1964, p. 53).

Esse é um dos critérios de repartição vertical de competências adotado pela CF/1988 (BRASIL,

1988), a chamada competência concorrente que divide atribuições políticas legislativas entre os entes federados sob determinados critérios, tornando possível que todos esses entes possam exercer o poder de legislar, respeitadas suas autonomias, sobre os mesmos temas nos âmbitos de prevalência dos seus interesses sem haver hierarquia entre os entes federados, reclamando uma descentralização política, como um modo de reformular a noção de repartição de competência (HORTA, 1985-1986, p. 21).

Nesse aspecto, Almeida (2000, p. 97) ressalta que o respeito a tais autonomias dos entes federados na competência concorrente implica na ausência de hierarquia entre eles, o que reforça o modelo cooperativo de federação a que o Brasil está submetido. É por meio dela que se expressa o poder político, cerne da autonomia das unidades federativas.

De fato, é na capacidade de estabelecer as leis que vão reger as suas próprias atividades, sem subordinação hierárquica e sem a intromissão das demais esferas de poder, que se traduz fundamentalmente a autonomia de cada uma dessas esferas. Autogovernar-se não significa outra coisa senão ditar-se as próprias regras.

Dessa forma, cada centro de poder autônomo na Federação deverá ser dotado da competência para criar o direito aplicável à respectiva órbita. No entanto, nesse ditar as próprias regras, deve-se guardar a subordinação ao poder soberano, no caso o poder constituinte, manifestado na Constituição:

E porque é a Constituição que faz a partilha, tem-se como consequência lógica que a invasão não importa por qual das entidades federadas do campo da competência legislativa de outra resultará sempre na inconstitucionalidade da lei editada pela autoridade incompetente. Isto tanto no caso de usurpação de competência legislativa privativa, como no caso

de inobservância dos limites constitucionais postos à atuação de cada entidade no campo da competência legislativa concorrente (ALMEIDA, 2000, p. 97).

Acerca dessa competência concorrente, a CF/1988 (BRASIL, 1988) limita à União a estabelecer normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos Estados, observando-se que, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades, em tudo observado o que dispõe o artigo 24, §§1º, 2º e 3º, da CF/1988 (BRASIL, 1988). Essa competência concorrente é assim definida por Silva (2013, p. 485):

Competência é a faculdade atribuída juridicamente a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. (...) Quanto à extensão, a competência se distingue em (...) d) concorrente, cujo conceito compreende dois elementos: d.1) possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto; d.2) primazia da União no que tange à fixação de normas gerais.

Novelino (2018, p. 616) também descreve a competência legislativa concorrente entre os entes federativos como aquela que “pode ser exercida, de modo simultâneo por mais de um ente federativo. No âmbito da competência legislativa concorrente (CF, art. 24), cabe à União estabelecer as normas gerais (CF, art. 24, §1º)”.

A chave para a adequada repartição de competência legislativa concorrente, conforme se vê em Horbach (2013, p. 10), “é o conceito de “norma geral”, constante do art. 24, §º, da Constituição de 1988. Mais uma vez aqui a questão se põe de forma simples: quanto mais abrangente esse conceito de norma geral, menor a autonomia estadual”.

Uma das competências legislativas concorrentes constitucionais diz respeito à proteção e defesa da saúde inserida no inciso XII do art. 24² da nossa

Carta Magna, o qual estabelece que compete a todos os entes federados (União, Estados e Distrito Federal) legislar concorrentemente sobre temas como previdência social, proteção e defesa da saúde.

Essa competência concorrente já foi objeto de manifestação do Supremo Tribunal Federal em 2008 no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3937 (BRASIL, 2008), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) contra a Lei 12.687/2007 (SÃO PAULO, 2007), do Estado de São Paulo, que proibia o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto no território estadual.

Naquela ocasião, por maioria, o Plenário do STF julgou improcedente o pedido constante da ADI 3937 (BRASIL, 2008), definindo que a autonomia dos entes federativos deveria ser respeitada, principalmente em casos que envolvem a proteção e defesa da saúde em tempos de normalidade, senão vejamos:

(...) lei federal faz remissão à Convenção da OIT 162, art. 3º, que, por versar tema que no Brasil é tido como de direito fundamental (saúde), tem o status de norma supralegal. Estaria, portanto, acima da própria lei federal que dispõe sobre a comercialização, produção, transporte etc. do amianto. (...) De maneira que, retomando o discurso do min. Joaquim Barbosa, a norma estadual, no caso, cumpre muito mais a CF nesse plano da proteção à saúde ou de evitar riscos à saúde humana, à saúde da população em geral, dos trabalhadores em particular e do meio ambiente. **A legislação estadual está muito mais próxima dos desígnios constitucionais, e, portanto, realiza melhor esse sumo princípio da eficácia máxima da Constituição em matéria de direitos fundamentais, e muito mais próxima da OIT, também, do que a legislação federal. Então, parece-me um caso muito interessante de contraposição de norma suplementar com a norma geral, levando-nos a reconhecer a superioridade da norma suplementar sobre a norma geral** [ADI 3.937 MC, rel. min. Marco Aurélio, voto do min. Ayres Britto, j. 4-6-2008, P, DJE de 10-10-2008.] Grifo nosso.

No voto acima, observa-se o argumento de que a legislação estadual está muito mais próxima dos desígnios constitucionais, sendo apontada como mais eficaz em matéria de direitos fundamentais e mais próxima do posicionamento defendido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Além de assentar a validade da norma estadual, na ocasião, os ministros também declararam a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal 9.055/1995 (BRASIL, 1995), que permitia a extração, a industrialização, a comercialização e a distribuição do uso do amianto na variedade crisotila no país.

Portanto, nota-se que há uma tendência do STF, ao menos em termos de defesa e proteção à saúde, em reforçar a repartição de competência vertical na modalidade concorrente com base na autonomia entre os entes federados, na reafirmação da ausência de hierarquia entre eles, bem como na prevalência do interesse para fins de convalidar a ideia de federalismo cooperativo sob a égide da CF/1988 (BRASIL, 1988), tudo isso em tempos de normalidade constitucional.

Vejamos, na seção seguinte, se em tempos de anormalidade constitucional esse entendimento se mantém por parte da Suprema Corte brasileira.

3. A competência concorrente para legislar em tempos de anormalidade constitucional: o caso da saúde pública e a decisão que referendou a medida cautelar na ADI 6341



A ideia de anormalidade constitucional está intrinsecamente ligada às noções de Estado Democrático de Direito baseadas no império da lei, na divisão dos poderes do Estado, na legalidade da administração e nos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, a anormalidade constitucional remete a situações de crise ou de emergência, como calamidade pública, por exemplo, às normas previstas na própria constituição com

² Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

previsão de recursos para os meios excepcionais, necessários, adequados e proporcionais, para se obter o restabelecimento da normalidade constitucional.

Esse recurso a meios excepcionais, lembra Canotilho (1993), também pode ser denominado de “defesa da constituição”, “suspensão das garantias constitucionais”, “defesa da segurança e ordem pública”, “estado de exceção constitucional” ou, ainda, “proteção extraordinária do Estado”.

Qualquer que seja sua denominação, ele implica medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional diante de situação de anormalidade que não pode ser enfrentada pelos meios normais previstos na Constituição, visando restabelecer a normalidade constitucional, conforme Canotilho (1993, p. 1145):

Trata-se, por consequência de submeter as situações de crise e de emergência (guerra, tumultos, calamidades públicas) à própria Constituição, constitucionalizando o recurso a meios excepcionais, necessários, adequados e proporcionais, para se obter o restabelecimento da normalidade constitucional.

Desde o início de 2020, o mundo vem enfrentando uma situação de crise e emergência, em decorrência da propagação de um novo vírus, o SARS-CoV-2, também conhecido como novo coronavírus, causador da COVID-19. Os primeiros casos foram registrados em dezembro de 2019, na China.

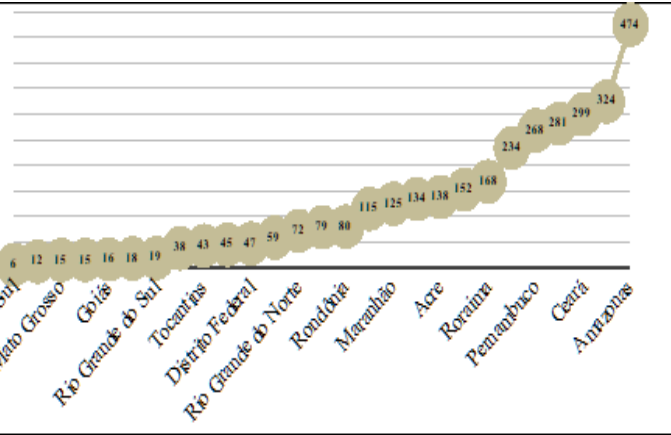
A Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou situação de emergência de saúde pública em nível internacional em 30 de janeiro, desse ano e, com a exponencial elevação do número de casos, em pessoas de diversos países e continentes, e modificou a declaração anterior de emergência em saúde para pandemia, em 11 de março.

O total de casos confirmados no mundo de pessoas com a COVID-19 superou um milhão em 2 de abril de 2020 e em 15 de abril esse número já estava acima de 2 milhões. No dia 7 de abril mais de 80 mil pessoas haviam morrido da doença no planeta, segundo a OMS.

Em 24 de abril de 2020, o total de casos confirmados no mundo atingiu 2.716.146, com 190.876 mortes. Os Estados Unidos (EUA) tinham o maior número de casos (879.697), seguidos de Espanha (213.024), Itália (189.973), França (158183) e Alemanha (153.129). Em número de mortes, a Alemanha (5.575) situava-se bem atrás, sendo maiores nos EUA (49.776), Espanha 22157 Itália 25549 França (21856) e Reino Unido (18738), conforme os dados oficiais divulgados pelos respectivos governos e sistematizados por Stephanou (2020).

No Brasil, que declarou estado de calamidade pública pelo Decreto Legislativo n. 6, de 18 de março de 2020 (BRASIL, 2020), o primeiro caso data de 26 de fevereiro de 2020 e, um mês depois, já alcançava o total de 2.915 casos confirmados, com 20 mortes. Em 24 de março o número havia crescido para 52.995, com 3670 mortes. Ao final de maio, os dados mostravam de 438 mil pessoas, com quase 27 mil mortes, tendo alguns estados ultrapassado 30 mil em 29 de maior de 2019: São Paulo (89.483), Rio de Janeiro (42.398), Ceará (37.275), Amazonas (33.508) e Pará (31.033) (STEPHANOU, 2020; MS, 2020). Quando se analisa o número de mortes para cada 1 milhão de habitantes, chama atenção a alta taxa de Amazonas, Pará e Ceará (Gráfico 1).

Gráfico 1- Número de mortes para cada 1 milhão de habitantes, segundo estados brasileiros



Fonte: elaboração própria, com base em Stephanou (2020).

Nota: Posição em 28/05/2020.

O gráfico mostra que a evolução da COVID-19 não se deu de modo igual nos entes federados brasileiros, o que reforça a necessidade de respeito às suas autonomias constitucionais com base na repartição de competência legislativa concorrente para o efetivo combate à pandemia.

Ainda em fevereiro e março a pandemia tornou premente a adoção de medidas de prevenção e contenção da COVID-19 pelos diversos entes federados. Na seara normativa federal, destacam-se a Portaria 188, de 03 de fevereiro de 2020, do Ministro de Estado da Saúde, que determinou a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPI) e, principalmente a Lei nº. 13.979/2020 (BRASIL, 2020b), publicada em 06 de fevereiro de 2020 e regulamentada pelo Decreto nº. 10.282, de 20 de março de 2020 (BRASIL, 2020a), o qual definiu os serviços públicos e atividades essenciais, para fins de resguardo da sobrevivência, saúde e segurança da população afetada pelas medidas da lei.

Em 20 de março de 2020, o Poder Executivo federal publicou a Medida Provisória 926 (BRASIL, 2020c) estabelecendo que o governo federal, por meio do Presidente da República, seria o competente para decidir sobre limitação de locomoção e definição de atividades essenciais, alterando parte da supracitada lei, nela incluindo os §§8º e 9º ao art. 3º, como abaixo destacado:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Em virtude dessa alteração da Lei nº.

13.979/2020 pela MP 926/2020, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) propôs a ADI 6341 (BRASIL, 2020e) com pedido de medida cautelar *ad referendum* do plenário, tendo sido deferida a medida pelo relator Ministro Marco Aurélio Melo, que fixou o entendimento de que os estados e os municípios possuem autonomia para o enfrentamento da pandemia e que a melhor interpretação da lei seria no sentido de que todos os entes federados, no limite de suas atribuições, poderiam tomar medidas para o combate à COVID-19. Vejamos o teor da decisão do Ministro relator:

SAÚDE CRISE CORONAVÍRUS MEDIDA PROVISÓRIA PROVIDÊNCIAS LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE. Surgem atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. () 2. Embora o pedido de medida de urgência esteja direcionado à imediata glosa dos preceitos impugnados, cumpre, na fase atual, enquanto não aparelhado o processo, aferir tão somente a pertinência, ou não, de suspensão da eficácia dos dispositivos. A cabeça do artigo 3º sinaliza, a mais não poder, a quadra vivenciada, ao referir-se ao enfrentamento da emergência de saúde pública, de importância internacional, decorrente do coronavírus. Mais do que isso, revela o endosso a atos de autoridades, no âmbito das respectivas competências, visando o isolamento, a quarentena, a restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de entrada e saída do País, bem como locomoção interestadual e intermunicipal. Seguem-se os dispositivos impugnados. O § 8º versa a preservação do exercício e funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais. O § 9º atribui ao Presidente da República, mediante decreto, a definição dos serviços e atividades enquadráveis. Já o § 10 prevê que somente poderão ser adotadas as medidas em ato específico, em articulação prévia com o órgão regulador ou o poder concedente ou autorizador. Por

último, o § 11 veda restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. Vê-se que a medida provisória, ante quadro revelador de urgência e necessidade de disciplina, foi editada com a finalidade de mitigar-se a crise internacional que chegou ao Brasil, muito embora no território brasileiro ainda esteja, segundo alguns técnicos, embrionária. Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos. O artigo 3º, cabeça, remete às atribuições, das autoridades, quanto às medidas a serem implementadas. Não se pode ver transgressão a preceito da Constituição Federal. As providências não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior. Também não vinga o articulado quanto à reserva de lei complementar. Descabe a óptica no sentido de o tema somente poder ser objeto de abordagem e disciplina mediante lei de envergadura maior. Presentes urgência e necessidade de ter-se disciplina geral de abrangência nacional, há de concluir-se que, a tempo e modo, atuou o Presidente da República Jair Bolsonaro **ao editar a Medida Provisória. O que nela se contém repita-se à exaustão não afasta a competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios. Surge acolhível o que pretendido, sob o ângulo acautelador, no item a.2 da peça inicial, assentando-se, no campo, há de ser reconhecido, simplesmente formal, que a disciplina decorrente da Medida Provisória nº 926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3º da Lei federal nº 9.868/1999, não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. 3. Defiro, em parte, a medida acauteladora, para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente.** 4. Esta medida acauteladora fica submetida, tão logo seja suplantada a fase crítica ora existente e designada Sessão, ao crivo do Plenário presencial. Grifo nosso. relator Ministro Marco Aurélio Melo [ADI 6341, rel. min. Marco Aurélio Melo].

Como se observa, o ministro deferiu, liminarmente, parte do pedido do PDT de inconstitucionalidade da MP 926/2020 (BRASIL, 2020c), que restringiu ao governo federal as competências para determinar o que são serviços essenciais e para limitar a circulação interestadual e intermunicipal de pessoas e mercadorias. Ao ajuizar a ação, o PDT apontou a inconstitucionalidade em vários trechos por centralizar na União a competência para cuidar da saúde, dirigir o Sistema Único de Saúde (SUS) e executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica, tentando esvaziar a responsabilidade e a competência constitucionais de estados e municípios.

A sessão plenária do STF para tratar da ADI 6341 (BRASIL, 2020e) foi realizada em 15 de abril de 2020, ficando marcada por ter sido a primeira realizada, inteiramente, por videoconferência. Nela, os ministros mantiveram a mesma ideia base da decisão cautelar do Ministro Marco Aurélio Mello e deram interpretação conforme para determinar que o Presidente da República, na definição de serviços essenciais, resguardasse o interesse regional do estado e local do município, sob pena de esvaziamento da autonomia desses entes, in verbis:

O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), **acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos atividades essenciais**, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Plenário, 15.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). Grifo nosso.

A decisão, unânime, referendou a liminar e sua interpretação de que não há disposição na norma que

de fato direcione a competência exclusiva à União para adotar as providências sobre os temas da pandemia. Entendeu-se que as providências adotadas pelo Governo Federal não impedem que demais entes da federação atuem normativa e administrativamente no âmbito de sua competência federativa comum, em tudo observado o direito fundamental social à saúde, “cujo acesso deve ser universal, igualitário e gratuito, configurando dever do Estado e direito de todos os cidadãos, ocasiona a reconfiguração da saúde pública de forma a garantir a prestação de bens, utilidades e serviços necessários à sua fruição” (COSTA. 2017, p. 850).

Alguns questionamentos de ordem prática emergem da decisão referendada pelo plenário do STF, reflexões que serão apontadas aqui apenas para fomentar futuros debates, vez que o cerne do presente artigo é analisar o reflexo dessa decisão para o federalismo cooperativo brasileiro. O primeiro é acerca dos limites da autonomia dos estados e municípios para que não sejam cometidas arbitrariedades. Quais são esses limites? Em segundo lugar, demandariam as ordens restritivas dos estados e dos municípios um aval técnico da esfera federal, como do Ministério da Saúde ou da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)? Ou a análise técnica de seus órgãos de saúde é suficiente? Por fim, em caso de conflito entre decretos estaduais e municipais qual deverá prevalecer?

Apesar de tais questionamentos, nota-se que a decisão do plenário do STF que referendou a medida cautelar do Ministro Marco Aurélio, manteve a jurisprudência firmada pela corte na ADI 3937 de 2008 (BRASIL, 2008), ainda que de forma genérica e ao menos em termos de defesa e proteção à saúde. As decisões reforçaram a repartição de competência vertical na modalidade concorrente com base na autonomia entre os entes federados, na reafirmação da ausência de hierarquia entre eles e na prevalência do interesse para fins de convalidar a ideia de federalismo cooperativo, sob a égide da CF/1988 (BRASIL, 1988), e, sobretudo zelar pelo bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, que traz em si arraigado o dever de observar e concretizar os direitos fundamentais, essenciais para

proteger a dignidade humana (GERVASONI; GERVASONI, 2004).

4. Considerações finais

 análise do posicionamento do STF em decisões sobre a competência legislativa concorrente delimitada no art. 24, XII, da CF/1988 (BRASIL, 1988), mostrou que a jurisprudência no caso do no julgamento da ADI 3937 (BRASIL, 2008), em 2017, e da ADI 6341 (BRASIL, 2020e), em 2020, os quais foram denominados de períodos de normalidade e períodos de crise, respectivamente, respondendo positivamente ao problema proposto na presente pesquisa relativo à interpretação da Corte em tema de proteção e defesa da saúde.

Cumprir destacar, no entanto, que apesar de a decisão tomada pelo STF na ADI 6341 (BRASIL, 2020) ter sido genérica, resta claro que a autonomia dos estados e municípios não lhes concede poder para cometer arbitrariedades, principalmente quando suas atuações puderem afetar os interesses do país como, por exemplo, nos casos de fechamento de rodovias que possam causar crise no abastecimento nacional.

Uma questão que não restou decidida nem analisada *obter dictum* nesse caso pelo STF é o que deverá prevalecer em caso de divergências entre um decreto estadual, que, por exemplo, determine quarentena, e um decreto municipal que a relaxe em âmbito local. Contudo, pela interpretação dada no referendo da medida cautelar, pode-se entender que, nesses casos, prevalecerá o interesse local dos municípios.

Portanto, o STF reforça em sua decisão a repartição vertical de competência, respeitando a autonomia dos estados e municípios e resguardando a competência da União em legislar apenas sobre normas gerais no âmbito da competência concorrente, devendo ser entendido, também, que, no âmbito de interesses nacional da União, regional dos Estados e local dos municípios, a noção de federalismo cooperativo faz-se necessária para o efetivo enfrentamento à COVID-19 e outras crises desta

natureza que porventura possam vir a atingir as estruturas da federação brasileira.

Em síntese, a atuação conjunta dos entes federados, com base na predominância equilibrada de seus interesses, seja em tempos de normalidade mas, principalmente, em tempos de crise como a ocorrida no sistema de saúde em todas as esferas de poder de-

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz; SAMUELS, David. A nova política dos governadores. **Lua Nova** [on line]. 1997, n. 40-41, p. 137-166. ISSN 0102-6445. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451997000200007&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 24 abr. 2020.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. **Decreto nº. 10.282, de 20 de março de 2020**. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasil: Presidência da República, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Brasil: Presidência da República, 1891. Disponível em: http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Brasil: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

corrente da pandemia de COVID-19, é um caminho necessário, segundo o STF, que reafirmou as suas competências constitucionais concorrentes para legislar sobre o assunto, para que tal crise seja superada com eficácia e eficiência, mantendo-se a ideia de federalismo cooperativo e solidário consagrado pela CF/1988.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Brasil: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Brasil: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 07 jun. 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967**. Brasil: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasil: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 9.055, de 01 de junho de 1995**. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Brasil: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasil: Presidência da República, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº. 926, de 20 de março de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Brasil: Presidência da República, 2020c. Disponível em: http://www.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº. 188, de 03 de fevereiro de 2020**. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Brasil: Ministério da Saúde, 2020d. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**:3937. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 24.08.2017. **STF**. 2017. Disponível em: <http://http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2544561>. Acesso em: 07 de jun. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**: 6341. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 15.04.2020. **STF**. 2020e. Disponível em: <http://http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 07 de jun. de 2020.

BULOS, Uadi Lâmega. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique**. t. 2. 2. ed. Paris: LGDJ, 1967.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CIOCCA, Pierluigi. 1929 e 2009: duas crises comensuráveis? **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 23, n. 66, p. 81-89, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 abr. 2020.

COSTA, Fabricio Veiga, et al. **Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 7, no. 3, 2017, p. 844-874.

GERVASONI, Tássia; GERVASONI, Tamiris Alessandra. Jurisdição constitucional e controle de políticas públicas: uma realidade necessária para a concretização dos direitos fundamentais. **Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC**, v. 9, n. 2, p. 393-418, 2014. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/3067/1672>. Acesso em: 20 mar. 2020.

HORBACH, Carlos Bastide. **Forma de Estado: Federalismo e repartição de competência**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 3, no. 2, 2013, p. 2-13.

HORTA, Raul Machado. **A posição do Município no Direito Constitucional Federal Brasileiro**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n.º 55, Julho de 1982, p. 197-221.

HORTA, Raul Machado. **A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro. 1964. 1964**. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

HORTA, Raul Machado. **O Estado-membro na Constituição Federal Brasileira**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n.º 69, 1989-1990, p. 61-90.

HORTA, Raul Machado. **Organização Constitucional do Federalismo**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 28, 1985-1986, p. 9-32.

HORTA, Raul Machado. **Reconstrução do Federalismo Brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 36, 1980-1982, p. 36-58.

HORTA, Raul Machado. **Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 33, 1991, p. 249-274.

SUMÁRIO

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Painel Coronavírus**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 24 Abr. 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podium, 2018.

RANGEL, Hnerique, et al. **Judicialização do federalismo e federalismo formal**. Revista Direito GV, vol. 12, no. 1, jan-abr 2016, p. 217-250.

ROCHA, Luiz Alberto G. S. **Estado, democracia e globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; AZEVEDO, William Geraldo. **A cooperação entre entes municipais como alternativa à prestação regionalizada do serviço público de saneamento básico**. *Meritum* – Belo Horizonte – v. 13 – n. 2 – p. 207-230 – Jul./Dez. 2018.

SILVA, André Carlos da. **Estado Federal e Poder Municipal**. Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundial, Brasília, v. 6, n. 2, p. 351-378, jul./dez. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SÃO PAULO. **Lei n.º 12.684, de 26 de julho de 2007**. Proíbe o uso, no Estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2007/lei-12684-26.07.2007.html>. Acesso em 07 jun. 2020.

STEPHANOU, Giscard. **Painel de COVID-19: Estatísticas do Coronavírus. 2020**. Disponível em: <http://www.giscard.com.br/coronavirus/index.php>. Acesso em: 24 Abr. 2020.



FOTO: RICARDO LIMA

TEMA 793: O DRAMA DO PRECEDENTE INCOMPLETO E NÃO CUMPRIDO

HOMERO LAMARÃO NETO

Mestre e Doutor em Direito (UFPA), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA, Professor Colaborador da Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Formador credenciado pela Escola Nacional de Formação de Magistrados (ENFAM), Juiz de Direito Auxiliar de 3ª entrância (TJE/PA). E-mail: homero.neto@tjpa.jus.br

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar as balizas fixadas na formação do TEMA 793, enquanto precedente vinculante firmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, essencialmente em relação à regra de competência da justiça federal para o julgamento das ações em que se

postulam medicamentos e outras prestações não disponibilizadas nas políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

Palavras-Chave: Judicialização. Medicamentos. Precedente vinculante. Sistema Único de Saúde. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the goals set in the formation of TEMA 793, as a binding precedent established within the scope of the Supreme Federal Court, essentially in relation to the federal court's jurisdiction rule for the judgment of

actions in which drugs and other benefits not available in public policies of the Unified Health System.

Keywords: Judicialization. Medicines. Binding precedent. Unified Health System. Supreme Federal Court.

1. Introdução



tônica de um sistema de precedentes é muito eloquente: através da formação da jurisprudência estável, íntegra e coerente, propicia-se ao ordenamento jurídico um conjunto harmônico, isonômico e previsível (NEVES,

2016, p. 1300), evidenciando-se indiscutível segurança jurídica à sociedade.

Naturalmente, o que se espera do Supremo Tribunal Federal - desde a aferição de repercussão geral à posterior formação de um precedente vinculante - é exatamente isso: a palavra derradeira em matéria de prisma constitucional, possibilitando uma interpretação coesa, harmônica e sistemática de nosso ordenamento jurídico, a fim de viabilizar a atração

de todos os órgãos do Poder Judiciário para uma aplicação homogênea do Direito.

Em matéria de saúde pública e sua interpretação à luz da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal edificou três grandes precedentes vinculantes destinados a responder ou solucionar algumas questões ligadas à perspectiva majoritária dos processos que envolvem a judicialização da saúde pública.

Mais especificamente, a Suprema Corte se debruçou a solucionar três aspectos essenciais para a resolutividade das demandas de saúde envolvendo prestações no âmbito do Sistema Único de Saúde. Essas três questões podem ser resumidas da seguinte forma: a) o que se pode pedir? (TEMA 06 – RE 566.471/RN) b) em que circunstâncias se pode pedir? (TEMA 500 – RE 657.718/MG) c) contra quem se pode pedir? (TEMA 793 – RE 855.178/SE).

A primeira indagação, que envolve o precedente vinculante do TEMA 06 (o que se pode pedir?), centralizava-se sobre a eventual obrigatoriedade de fornecimento, pelos entes federados, de medicamentos considerados de alto custo e, por óbvio, não incluídos nas políticas públicas do Sistema Único de Saúde. O RE 566.471/RN foi julgado em março de 2020, permanecendo, até a data de submissão desse texto, sem a redação de tese.

A segunda indagação, que envolve o precedente vinculante do TEMA 500 (em que circunstâncias se pode pedir?), centralizava-se sobre a eventual obrigatoriedade de fornecimento, pelos entes federativos, de medicamentos sem registro na ANVISA e, por consequência lógica, não incorporados nas políticas públicas do Sistema Único de Saúde. O RE 657.718/MG foi julgado, em maio de 2019, com sua respectiva tese já publicada.

A terceira indagação, que envolve o precedente vinculante do TEMA 793 (contra quem se pode pedir?),

centralizava-se sobre a solidariedade dos entes federativos para prestação de ações e serviços de saúde (inclusive a dispensação de medicamentos), o que gerava a discussão sobre a eventual obrigatoriedade de incluir ou não um ou mais entes federativos no polo passivo da relação jurídica processual. O RE 855.178/SE foi devidamente julgado, com posterior decisão em sede de embargos de declaração para integração da decisão, com sua respectiva tese já publicada.

A decisão proferida nos embargos de declaração opostos a partir da publicação do Acórdão, no entanto, modificou substancialmente a aplicação do precedente em matéria de competência, ainda que mantida a interpretação do que constitui, efetivamente, a solidariedade dos entes federativos.

Assim, a partir da decisão proferida nos embargos, o Supremo Tribunal Federal criou duas formas de apreciar a solidariedade: a primeira, quando o tratamento, procedimento, material ou medicamento é integrante das políticas públicas do SUS, podendo a ação ser ajuizada contra qualquer um dos entes, isolada ou conjuntamente (com direcionamento da obrigação/hipótese de ressarcimento entre os entes); a segunda, quando o tratamento, procedimento, material ou medicamento não é integrante das políticas públicas do SUS, devendo a ação, obrigatoriamente, ser ajuizada contra a União e, facultativamente, contra os demais entes, com tramitação, como consequência lógica, na justiça federal (atração do TEMA 500).

Duas questões interessantes a partir desse momento: a) apesar do julgamento oportuno dos embargos de declaração, a redação da tese³ não observou a necessidade de tramitação de processos na justiça federal quando o tratamento, procedimento, material ou medicamento pretendidos não integram as políticas públicas do SUS (TEMA 500); b) durante a apreciação dos embargos de declaração, não houve debate aprofundado sobre os critérios

³ “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.” (TEMA 793)

técnicos e práticos para permitir a determinação de ressarcimento entre os entes federativos, principalmente nos casos em que há incidência de multas processuais no curso do processo.

O objetivo do presente artigo é analisar criticamente o TEMA 793 para evidenciar a falta de aderência dos órgãos de julgamento do Poder Judiciário brasileiro a *ratio decidendi* desse precedente vinculante, propiciando a permanência de insegurança jurídica naquilo que deveria ser jurisprudência estável, íntegra e coerente.

2. A dualidade da judicialização da saúde no capítulo dos medicamentos



Sobre a Assistência Farmacêutica, integrante do SUS, recai a responsabilidade por garantir à população o acesso a medicamentos essenciais, tendo como diretrizes a adoção da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), além da regulamentação sanitária dos medicamentos, a garantia da segurança, da eficácia e da efetividade dos fármacos e a promoção do uso racional dos medicamentos, definidas na Política Nacional de Medicamentos, conforme Portaria de Consolidação nº 2, de 28 de Setembro de 2017.

Especificamente em relação à RENAME, observa-se que os medicamentos são agrupados em três grandes blocos: os componentes básicos, estratégicos e especializados. Cada um desses componentes alberga um padrão de aquisição e distribuição estabelecido aos municípios, aos estados e à União, organizadamente.

Os componentes básicos são, em regra, atrelados à atenção primária à saúde, adquiridos com recursos dos entes federativos União, Estados e Municípios.

A aquisição, em regra, cabe aos Municípios, com algumas exceções, como os medicamentos contraceptivos, financiados e adquiridos pelo Ministério da Saúde.

Os componentes estratégicos destinam-se à garantia do acesso equitativo a medicamentos e insumos, para prevenção, diagnóstico, tratamento e controle de doenças e agravos de perfil endêmico, com importância epidemiológica, impacto socioeconômico ou que acometem populações vulneráveis, contemplados em programas estratégicos de saúde do SUS. A União adquire esses medicamentos, repassa aos Estados, que por sua vez os distribuem aos Municípios.

Os componentes especializados atendem situações mais complexas e de maior custo. Sua forma de aquisição e distribuição requer mais detalhes, dependendo de cada grupo em que esses medicamentos estejam inseridos (são três grupos). (Lamarão Neto, 2020, p. 17).

A partir dessa classificação é possível compreender adequadamente os blocos de medicamentos (básicos, estratégicos e especializados), medida necessária para que se direcione adequadamente a decisão judicial⁴ para dispensação de um medicamento ao ente responsável por sua aquisição e, também, da responsabilidade pela distribuição, evitando-se o que Schulze (2018, p. 180) denominou “Forum Shopping da saúde”, ou seja, demandar qualquer ente aleatoriamente e também aleatoriamente escolher se a demanda será proposta no âmbito da justiça estadual ou federal.

Ressalte-se que a modulação sugerida através da aplicação do Enunciado 8 da I Jornada de Saúde não afeta, não agride e, em nenhum momento, neutraliza a essência do TEMA 793. Ao contrário, reafirma e prestigia a *ratio decidendi* do precedente, pois, em qualquer caso, o magistrado deverá direcionar a obrigação na decisão de cognição sumária

ou na decisão de cognição exauriente, fixando obrigação de ressarcimento entre os entes, acaso um deles tenha efetivado o pagamento que caberia a outro.

Por exemplo, se não for aplicada, em decisão de cognição sumária, a modulação dos efeitos de acordo com o Enunciado 8, em caso de pedido de um medicamento integrante do componente básico, cuja obrigação de dispensação (RENAME) pertence aos Municípios e, para cumprimento da decisão liminar, o Estado venha, antecipadamente, a fazer a compra e entregar o medicamento, na sentença o juiz necessariamente terá que determinar o ressarcimento dos gastos, situação que poderia tranquilamente ser evitada através da modulação imediata dos efeitos (direcionamento), deixando a aplicação da regra geral de solidariedade (como interpretada pelo STF) apenas em caráter residual, se o Município não cumprir a determinação judicial ou restar infrutífera a ordem de bloqueio.

Deve ser ainda levado em consideração que a aplicação de ressarcimento na sentença (sem a aplicação de modulação/direcionamento, portanto), pode gerar desconfortável prolongamento da ação, com a apresentação de pedido de cumprimento de sentença, propiciando um acúmulo desnecessário de acervo processual e postergação de baixa processual, piorando, também, os índices do Tribunal de Justiça nas métricas de leitura do Conselho Nacional de Justiça.

Retomando a ideia principal sobre regra de competência, as decisões relativas aos Temas 06 e 500 afastaram qualquer interpretação divergente. Assim, quando o pedido consistir na dispensação de medicamentos não incluídos nas políticas públicas do Sistema Único, possuindo ou não possuindo registro na ANVISA, a demanda deve, obrigatoriamente, ser ajuizada no âmbito da justiça federal.

A percepção dessa lógica é salutar para compreender a essência do TEMA 793 e sua aplicabilidade prática.

De acordo com o artigo 19-Q da Lei 8.080/90, a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo

clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC). Portanto há evidente interesse da União na lide, não permitindo o ajuizamento da demanda no âmbito da justiça estadual.

Aqui prevalece o equilíbrio e o bom senso: se não há registro do medicamento na ANVISA, este, a princípio, sequer poderia ser incorporado ao SUS. Por esse motivo, a ação somente poderia ser proposta perante a Justiça Federal, o que não impede que os outros entes federativos também sejam réus, juntamente com a União.

Nesse sentido, veja-se decisão recente do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso de Agravo em Recurso Extraordinário 1.285.333/PR, sendo relator o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na qual foi discutida justamente a aplicação da regra de solidariedade a partir da fixação do Tema 793. O relator categoricamente ressaltou que o Tema 793 deve ser lido e aplicado a partir da obediência de tramitação de processos perante a justiça federal quando o medicamento pleiteado não integrar as políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

[...] Assim, verifica-se que afirmar a responsabilidade solidária dos entes da federação nas prestações de saúde não afasta o dever de cada ente de responder por prestações específicas, que devem ser observadas para a composição de polo passivo e eventual competência pelo Judiciário. Dessa forma, a decisão do Tribunal encontra-se em dissonância com o entendimento fixado por esta Corte no Tema 793 da sistemática da repercussão geral. Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 932, VIII, do NCPC c/c art. 21, §1º, do RISTF) para determinar a remessa do feito à Justiça Federal, mantidos todos os efeitos do deferimento da liminar no feito de origem. (Grifamos) (Brasil, 2021)

E ainda que possua registro, se não ocorreu incorporação do medicamento nas políticas públicas do SUS, sabendo-se que essa incorporação necessariamente precisa ser precedida de manifestação da

Redação atual do Enunciado 8, da I Jornada de Direito à Saúde (CNJ): “Nas apreciações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas as regras administrativas de repartição de competência entre os entes federados”.

Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC), órgão vinculado ao Ministério da Saúde, qualquer debate sobre obrigar ou não o Poder Público a fornecer medicamentos nessas circunstâncias deve ser efetivado com o inequívoco interesse da União na lide. Portanto a ação também somente poderia ser proposta perante a Justiça Federal.

Por essa razão, e para critérios didáticos de compreensão, seria possível classificar as demandas por medicamentos, na judicialização da saúde pública, em torno de uma dualidade: demandas dentro do pacote, quando o medicamento pleiteado integra as políticas públicas do SUS; demandas fora do pacote, quando o medicamento pleiteado, por qualquer razão, não integra as políticas públicas do SUS (LAMA-RÃO NETO, 2019). Na realidade, essa classificação pode ser aplicada não apenas para demandas por medicamentos, como também para tratamentos, materiais ou qualquer tecnologia no âmbito do SUS.

Dessa forma, de acordo com o TEMA 793, o ajuizamento de demandas “fora do pacote” deve ocorrer perante a Justiça Federal, não possuindo a justiça estadual competência para apreciar pleitos dessa natureza. A insistência na propositura em desconformidade com o TEMA 793, inclusive, deve ser interpretada como litigância de má-fé, salvo quando a parte demonstrar duas situações: *distinguishing* ou *overruling*. Não sendo o caso de distinção ou superação, não poderá haver qualquer flexibilização, sob pena de se desvirtuar o sistema de precedentes.

Nesse sentido, foi firmado o Enunciado 78 na III Jornada de Saúde do CNJ: “Compete à Justiça Federal julgar as demandas em que são postuladas novas tecnologias ainda não incorporadas ao Sistema Único de Saúde – SUS”.

O Enunciado 78 demonstra não apenas o compromisso dos Coordenadores dos Comitês Estaduais de Saúde com a otimização do enfrentamento de uma parcela desordenada de demandas em saúde pública, como também reflete a necessária fixação de um panorama organizacional em matéria de concretude de direitos sociais.

3. A aplicação do tema 793 sem distinções



despeito das considerações tecidas, observa-se que diversos órgãos do Poder Judiciário, em diversas esferas e graus de jurisdição, têm aplicado o TEMA 793 sem preservar as distinções estabelecidas por sugestão do Ministro Edson Fachin, no voto-vista proferido em sede de embargos de declaração opostos a partir do julgamento do RE 855.178/SE.

Em apertada síntese, muitas decisões traduzem o sentido geral da solidariedade exatamente como estabelecido na tese firmada para o TEMA 793: todos os entes federativos são legitimados para demandas em prestações requeridas no âmbito do Sistema Único de Saúde, estejam ou não essas prestações já previstas em nossas políticas públicas.

De um lado, resta importante frisar que a vinculação de um precedente não se limita à estrutura da tese publicada, mas na *ratio decidendi*, em seus motivos determinantes. Naturalmente, a aplicação literal da tese muitas vezes permitirá uma compreensão aquém das perspectivas efetivamente ali decididas.

A estrutura da tese firmada no âmbito do TEMA 793 demonstra essa falha, pois os debates provocados pela via dos embargos de declaração e os fundamentos dali resultantes não se encontram devidamente espelhados, provocando distorções de compreensão e aplicação de seus efeitos.

Por essa razão e, pelo menos em parte, seria viável creditar a falha ao próprio órgão de formação que, inadvertidamente, não ponderou sobre as adversidades de uma tese redigida e mantida de forma incompleta. No entanto a *ratio decidendi* é inequívoca e os três precedentes vinculantes em matéria de saúde pública (TEMAS 6, 500 e 793) devem ser aplicados de forma harmônica, integrativa e coesa.

Não há, em suma, qualquer nuance de dúvida sobre as regras de competência estabelecidas no TEMA 793, tendo o Supremo Tribunal Federal

reafirmado esse entendimento em diversas oportunidades após a formação do precedente, como é possível observar no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.303.165, relator o Ministro Roberto Barroso, DJE 13.2.2021; Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.298.325, relator o Ministro Edson Fachin, DJE 5.3.2021; e Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.301.670, relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJE 7.1.2021.

Caberá, doravante, às Cortes de Justiça, com o apoio de seus respectivos Comitês Estaduais de Saúde, por intermédio de construção de diálogo interinstitucional, estabelecer constante debate e divulgação dessas diretrizes com o escopo de permitir a harmonização e integração da jurisprudência.

4 Considerações finais



ob a perspectiva do sistema de precedentes, as decisões vinculantes proferidas

Referências

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 566.471-Rio Grande do Norte.** Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

pelo Supremo Tribunal Federal, intérprete último da Constituição Federal e seus valores, vinculam todos os órgãos de julgamento do Poder Judiciário a tais decisões consideradas paradigmáticas.

Entrementes, a partir da fixação do TEMA 793, resta evidente que a propositura de qualquer ação em que forem postuladas prestações fora das políticas públicas do Sistema Único de Saúde (SUS) deve ser realizada perante a justiça federal, na medida em que a União teria interesse direto na lide, motivada pela necessária oitiva da CONITEC sobre as possibilidades de incorporação de tecnologia ao SUS.

O constante debate sobre o fenômeno da judicialização da saúde, alcançado através de cursos realizados nas Escolas Judiciais, em webinários, comunicações e/ou recomendações dos Comitês Estaduais de Saúde, apresenta-se como mecanismo imprescindível para a consolidação do precedente vinculante, a fim de atingir-se o fim colimado em nosso ordenamento jurídico: formação da jurisprudência estável, íntegra e coerente.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657.718-Minas Gerais.** Relator: Min. Marco Aurélio, 19 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 855.178-Sergipe.** Relator: Luiz Fux, 26 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Enunciados da I, II e III jornadas de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://bitly.com/OIN22>. Acesso em: 10 mar. 2020.

LAMARÃO NETO, Homero. **Judicialização da saúde: o indivíduo e a sociedade de cooperação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LAMARÃO NETO, Homero. A regra de solidariedade dos entes federados na área da saúde e sua atual interpretação pelo Supremo Tribunal Federal. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, DF, v. 8, n. 3, p. 10-26, jul./set. 2019.

LAMARÃO NETO, Homero. A competência da justiça federal para julgamento das ações de saúde em que se postula a dispensação de medicamentos não registrados na ANVISA. **Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará**, Belém, PA, n. 116, p. 13-24, fev. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

SCHULZE, Clenio Jair. **Judicialização da saúde no século XXI**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.



FOTO: RICARDO LIMA

A INDÚSTRIA CULTURAL E A AQUISIÇÃO DO CRÉDITO PELO IDOSO: UMA RAZÃO PARA O SUPERENDIVIDAMENTO

CULTURAL INDUSTRY AND ACQUISITION OF CREDIT BY THE ELDERLY: A REASON FOR SUPERENDIVIDITY

CARLOS GUSTAVO CHADA CHAVES*
KÁTIA BORGES DOS SANTOS**

**Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará - CESUPA. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará. Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.*
***Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro de Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Pós-graduada em Direito Público e Processual Civil pela Estácio. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Oficial de Registro de Imóveis no Estado do Pará.*

RESUMO: Em tempos de pós-modernidade, o que se vê é que os hábitos de consumo não são manifestações espontâneas dos indivíduos, mas verdadeiras imposições determinadas pela indústria cultural. O presente artigo tem como objetivo demonstrar que a indústria cultural é capaz de determinar o comportamento de um público específico de consumidores,

os idosos, à aquisição irresponsável de crédito, de forma a conduzi-los ao superendividamento. O método a ser utilizado será o dedutivo e a pesquisa será feita em bibliografia nacional.

Palavras-Chave: Indústria cultural. Consumidor idoso. Crédito. Superendividamento.

ABSTRACT: In post-modern times, what we see is that consumption habits are not spontaneous manifestations of individuals, but real impositions determined by the cultural industry. This article aims

to demonstrate that the cultural industry is able to determine the behavior of a specific audience of consumers, the elderly, towards irresponsible credit acquisition, in order to lead them to over-indebtedness.

SUMÁRIO

The method to be used will be the deductive one and the research will be done in national bibliography.

Sumário: 1. Introdução. 2. O envelhecimento da população brasileira e o protagonismo do consumidor idoso hipervulnerável. 3. Indústria cultural e a imposição de hábitos de consumo. 4. O per-

Key-words: Cultural industry. Elderly consumer. Credit. Overindebtedness.

fil de consumo do idoso brasileiro e a indústria cultural. 5. O crédito irresponsável e o superendividamento dos idosos. 6. Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A população brasileira está envelhecendo a passos largos. Nas últimas décadas, o que se percebe é um cenário de total transformação da pirâmide populacional brasileira. Se até a década de 80 do século passado, o Brasil era considerado um país de jovens, já se pode dizer que somos um país de maioria adulta em um caminho irreversível para uma maioria idosa.

Aliado ao fenômeno do envelhecimento da população nacional, tem-se hoje uma melhoria de aspectos econômicos, de saúde e de educação da população mais idosa. Se até poucas décadas atrás, tínhamos um cenário de quase exclusão do idoso como consumidor, hoje a população de mais idade se encontra verdadeiramente integrada no mercado do consumo, sendo destinatária de uma gama de produtos e serviços voltados exclusivamente a este nicho específico de consumidores, que cada vez mais vêm ganhando espaço social e empoderamento no mercado, muito em decorrência da estabilidade financeira proporcionada pelo gozo de benefícios previdenciários e assistenciais.

Consequência, portanto, quase que natural deste processo de inclusão da população idosa no mercado de consumo é o “bombardeio” de toda a espécie de propaganda produzida pela indústria cultural, voltada basicamente ao estabelecimento de padrões de comportamento interessantes ao grande capital.

Não são poucas as investidas para a manipulação de hábitos de consumo, criando-se um cenário de mistificação do hedonismo e de figurativização de uma responsabilidade financeira do idoso em relação aos demais integrantes da família.

Para vivenciarem tal mundo de encantamento mistificado pela indústria cultural, é que o acesso ao crédito é insistentemente fomentado aos idosos, apresentado como forma única e imprescindível de acesso ao modelo de vida idealizado.

O presente trabalho, portanto, terá como finalidade analisar se a indústria cultural, apreendida como técnica de imposição de comportamento no mercado de consumo, é capaz de levar os idosos, tidos aqui como consumidores hipervulneráveis, à aquisição de crédito irresponsável, de forma a conduzi-los ao superendividamento.

Para tanto, será dividido da seguinte forma, além desta introdução: no segundo capítulo, serão traçados comentários sobre o processo de envelhecimento da população brasileira e a evolução do idoso como esquecido pelo mercado para o status de consumidor protagonista; no terceiro capítulo, será analisada de que forma a indústria cultural se apresenta como técnica de manipulação das massas e como padronizadora de comportamentos; no quarto capítulo, serão feitas considerações sobre o perfil de consumo do idoso brasileiro e de que forma ele é determinado

SUMÁRIO

pela indústria cultural; no quinto capítulo, demonstrar-se-á que a aquisição de crédito irresponsável como instrumento para o idoso vivenciar a vida hedonista determinada pela indústria cultural é fator determinante ao seu superendividamento.

2. O envelhecimento da população brasileira e o protagonismo do consumidor idoso hipervulnerável

A população brasileira está envelhecendo. Se, em meados dos século passado, a pirâmide populacional era bem delineada, hoje já se pode falar em uma espécie de “retângulo populacional”. Somos um país de adultos em um caminho irreversível para uma maioria idosa.

Na década de 40, as pessoas com idade superior a 60 anos no Brasil representavam pouco mais de 4% do total da população, número este que quase triplicou em pouco mais de cinquenta anos. Em 2011, tal percentual atingiu o patamar de 11%, com estimativa de que seja de 27% em 2040. Anote-se que o período compreendido entre as décadas de 50 e 70 do século passado foi aquele em que o Brasil obteve o maior índice de fecundidade, observando-se, em seguida, uma queda, o que indica que a natalidade no país não irá acompanhar pari passu o envelhecimento de sua população (CAMARANO, 2002, p. 5).

Outro dado relevante é que cerca de 55% dos idosos brasileiros são do sexo feminino, sendo as mulheres as que têm a maior probabilidade de ficarem viúvas, o que gera um maior declínio econômico-social, vez

que ainda é o homem que, em regra, sustenta a família¹.

São as mulheres também as que mais vivem, “sendo que a peculiaridade de apresentarem maior longevidade do que os homens acaba revelando maior debilitação física antes da morte, vindo a se tornarem mais dependentes de cuidados” (SHMITT, 2014, p. 93)².

Segundo Camarano (2002, p. 6), no final da década de 90 do século passado, cerca de 12% das mulheres moravam em famílias sob a condição de “outros parentes”³, o que significa que, associado ao fato de que cerca de 75% das mulheres que vivem na condição de “outros parentes são viúvas, boa parte delas não possuía experiência laboral formal e pouca educação formal, o que necessariamente representa uma maior necessidade de atenção por parte do Estado e da própria família.

Todavia, se por um lado a última fase da vida não é aquela em que se goza do ápice dos atributos físicos e mentais, por outro se pode falar que é a que, em média, apresenta as melhores condições financeiras se equiparadas com o restante da população⁴. De acordo com dados fornecidos pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), cerca de 66% dos idosos admitem que suas condições financeiras são melhores do que quando eram jovens, o que os torna uma importante engrenagem da força motriz da economia brasileira.

De acordo com Marques (2017)

A importância dos idosos para a sociedade de consumo brasileira vem aumentando e muito. Em 2009, 64,1% dos idosos no Brasil eram arrimos de família ou responsável principal pelo sustento da

família, contribuindo com 52,9% da renda familiar. Em 2012, para um contingente de 23 milhões de pessoas idosas (12,6% da população brasileira), em 6,5 milhões de famílias em que o idosos era o chefe [...] invertendo a tradicional relação de dependência apontada na literatura e tornando os idosos novos consumidores e, como alerta Johan Doll, facilitando o crescimento de dívidas especialmente em contratos de crédito consignados

Dados do SPC⁵, referentes ao ano de 2012, indicam que os idosos de idade igual ou superior a 65 anos, que correspondem a 24,8 milhões de pessoas ou 13% da população nacional, foram responsáveis pela movimentação de 402,3 bilhões de reais.

Tudo isso se traduz não só em um exacerbado protagonismo como consumidores em cenário nacional, como também é terreno fértil para práticas agressivas de marketing voltadas à massificação de seus comportamentos de consumo pela indústria cultural.

Segundo Giovinazzo (2008, apud ARAÚJO et al., p. 58), o segmento de vendas voltado ao público da terceira idade representa um grande mercado e com disposição para consumir produtos e serviços de acordo com as suas necessidades e desejos, com

indicativo de alta nos próximos anos⁶.

Por outro lado, em que pese a sua importância no mercado de consumo brasileiro, os idosos, pelas próprias características da idade - embora suas condições possam variar muito de pessoa para pessoa - não se apresentam na mesma linha de vulnerabilidade ao do chamado consumidor médio⁷.

O natural avançar da idade tem como consequência a diminuição (ou perda) de determinadas aptidões físicas e mentais, que os tornam ainda mais vulneráveis nas relações negociais com os fornecedores, acentuando a necessidade de aquisição de certos bens e serviços, mormente aqueles voltados à saúde (MIRAGEM, 2016, p. 134).

São eles, portanto, dotados de uma fragilidade ainda maior⁸, podendo ser considerados como consumidores “hipervulneráveis”.

Segundo Rosa, Bernardes e Félix (2017, p. 548), fatores como idade, enfermidade e outros tantos que resultam em maior fragilidade em relação ao consumidor mediano na exposição a produto ou serviço caracterizam elevação à inferioridade na relação consumerista, o que significa um maior grau de vulnerabilidade. Tal fragilização exacerbada é convencionalmente chamada de “hipervulnerabilidade”.

¹ Disponível em: <https://www.otempo.com.br/interessa/comportamento/quase-30-milhoes-de-mulheres-chefiam-os-lares-no-brasil-1.2034999>. Acesso em: 14 jan. 2020.
² Conforme Camarano (2002, p. 6), em que pese as mulheres viverem naturalmente mais do que os homens, estão mais sujeitas a doenças físicas e mentais.
³ Ou seja, na condição de mães, sogras, irmãs ou outro tipo em relação ao chefe da família.
⁴ Disponível em: https://www.spcbrasil.org.br/uploads/st_imprensa/spc_brasil_analise_consumo_terceira_idade_2014.pdf. Acesso em 12 nov. 2019.

⁵ Disponível em: https://www.spcbrasil.org.br/uploads/st_imprensa/spc_brasil_analise_consumo_terceira_idade_2014.pdf. Acesso em 12 nov. 2019.
⁶ Segundo Araújo et al. (2015), em que pese seu grande potencial de consumo, apenas houve o seu definitivo reconhecimento pelo sistema econômico no início do século XXI. Até então, a este público o marketing e os produtos oferecidos se limitavam a bens voltados apenas a garantir a sua inserção no meio social, como, por exemplo, as fraldas geriátricas.
⁷ “[A velhice] é capaz de afetar não somente a vitalidade e a longevidade dos idosos a degeneração de funções físicas e biológicas, provocando também quadros de debilidade e afetação da capacidade de discernimento e raciocínio do homem médio, alcançando o idoso à condição de maior suscetibilidade e vulnerabilidade em aspectos físicos, sociais e psíquicos. Nesse sentido, atividades usualmente classificadas como corriqueiras para o homem médio tornam-se mais penosas para o idoso, sobretudo no que se refere à capacidade de percepção apurada de atividades do trato civil, como exemplo a dificuldade de leitura associada à audição prejudicada e o raciocínio mais lento, típicas debilidades da fase senil; elas podem representar prejudicialidade ao idoso no ato de celebração de contrato para aquisição de um produto” (ROSA; BERNARDES; FÉLIX, 2017, p. 549).
⁸ Nos termos do art. 39, IV, do CDC, “é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

E é neste cenário de envelhecimento da população brasileira, associado ao protagonismo do idoso como classe de elevado poder aquisitivo se comparada ao restante da população, que se torna imprescindível a pesquisa sobre se a potencial imposição do comportamento de consumo ao idoso hipervulnerável por via da indústria cultural é capaz de conduzir este nicho específico de consumidores a se comportar de maneira negativa a sua saúde financeira, adquirindo crédito de maneira impensada como um meio para se adaptar ao modelo imposto pelos padrões capitalistas.

3.A indústria cultural e a imposição de hábitos de consumo

De acordo com Canedo (2009), a definição de cultura, por envolver interesses multidisciplinares (sociologia, antropologia, história etc.), não é tarefa fácil. De toda forma, o termo origina-se da palavra latina “colore”, possuindo múltiplos significados, como habitar, cultivar, proteger e honrar com veneração.

Somente no final do século XIX, é que o termo cultura adquire o significado figurado do senso comum hodierno, passando a designar o

esforço despendido para o desenvolvimento das faculdades humanas. “Em consequência, as obras artísticas e as práticas que sustentam este desenvolvimento passam a representar a própria cultura” (CANEDO, 2009). Para Canedo, três são as concepções básicas do termo, sendo que, para os objetivos do presente estudo, são interessantes apenas as duas primeiras: modos de vida que caracterizam uma coletividade⁹; obras e práticas da arte, da atividade intelectual e do entretenimento¹⁰; e fator de desenvolvimento humano.

Todavia, o que se vê em tempos de pós-modernidade¹¹, em que tudo é tratado como produto, ao contrário de ser manifestação espontânea do grupo social, a cultura passa a ser reificada com propósito de lucro pelo sistema capitalista.

Segundo Coelho (1980), a cultura, neste contexto, passa a ser produzida de maneira industrial e em série, não mais como manifestação espontânea, crítica e de conhecimento, mas como qualquer produto consumível e trocável por dinheiro. Neste sentido, é feita de acordo com as necessidades e gostos do mercado e voltadas a um público que sequer tem tempo ou discernimento para questionar aquilo que consome.

Adorno e Horkheimer (1985), neste ponto, desenvolvem a ideia do processo de desencantamento do mundo. Segundo os intelectuais alemães, o homem passa a substituir a imaginação

pelo saber, a explicação mítica dos fenômenos naturais pelo esclarecimento.

Esse processo de racionalização, todavia, tem origem no próprio mito, sob a forma de ciência positiva, da ideia de ascendência e superioridade do homem sobre a natureza, o que indica, paradoxalmente, que o conhecimento pode trazer instrumentos de dominação do homem civilizado pelo próprio homem, em “que a dominação da natureza volta-se contra o próprio sujeito pensante” (SOARES, VERBICARO, 2017, p. 110).

A dialética do mito e do esclarecimento acena à ideia de que o mito já é esclarecimento e o esclarecimento acaba por converter-se (e reverter-se) à mitologia. O aumento do poder passa a representar o substrato da dominação e a verdadeira alienação daquilo sobre o que se exerce o poder. O esclarecimento comporta-se tal qual o tirano se comporta em relação a seus subalternos. “Este [o ditador] conhece-os na medida em que pode manipulá-los. O homem de ciência conhece as coisas na medida em que pode fazê-las. É assim que seu em si torna para ele” (SOARES, VERBICARO, 2017, p. 111), confirmando a fé inabalável na capacidade do homem de dominar o mundo, bem como o retorno do esclarecimento à órbita do mito e a degeneração da fé em embuste e barbárie.

A indústria cultural, por assim dizer, seria o reflexo, ao mesmo tempo, do esclarecimento e da dominação do homem pelo homem. Seria, portanto, a responsável pela determinação de valores, comportamentos e, quanto ao consumo, a criação de hábitos

prontos e impositivos ao indivíduo, desconfigurando a sua espontaneidade, reificando-a, de maneira que passa a ser imposta, não pelo seu destinatário, mas sim, de cima para baixo, pelo capital que lucra com a sua criação.

“Define-se indústria cultural como o conjunto de meios de comunicação, como o cinema, o rádio, a televisão, os jornais e as revistas, que formam um sistema poderoso para gerar lucros e por serem mais acessíveis às massas, exercem um tipo de manipulação e controle social, ou seja, ela não só edifica a mercantilização da cultura, como também é legitimada pela demanda desses produtos” (COSTA, 2003, apud CALAZANS CAVALCANTI; LUCIAN, 2013, 204-205).

A manifestação da cultura, e, por conseguinte, a própria expressão do ser humano, é coisificada e entregue pelo capital como algo pronto, vazio, alienante, e de interesse financeiro de seu criador. Em que pese a artificial liberalidade das sociedades pós-modernas, “os mecanismos da indústria cultural exercem uma profunda influência sobre os indivíduos, controlando os seus comportamentos e as suas escolhas” (ADORNO, HORKEIMER apud DAVIES, NUNES, 2014)¹².

Dentre as conseqüências advindas com o impacto da técnica, encontra-se o desenvolvimento de mecanismos de controle das consciências individuais e coletivas, exercido pela imprensa, rádio e cinema,

⁹ “Vale nesta linha de continuidade a incorporação da dimensão antropológica da cultura, aquela que, levada às últimas consequências, tem em vista a formação global do indivíduo, a valorização dos seus modos de viver, pensar e fruir, de suas manifestações simbólicas e materiais, e que busca, ao mesmo tempo, ampliar seu repertório de informação cultural, enriquecendo e alargando sua capacidade de agir sobre o mundo. O essencial é a qualidade de vida e a cidadania, tendo a população como foco” (BOTELHO, 2001, p.110)

¹⁰ “A produção, distribuição e consumo de bens e serviços que conformam o sistema de produção cultural se tornou estratégica para o desenvolvimento das nações, na medida em que estas atividades movimentam uma cadeia produtiva em expansão, contribuindo para a geração de emprego e renda” (CANEDO, 2009).

¹¹ A pós-modernidade consiste no ambiente em que a sociedade pós-moderna está inserida, caracterizada pela globalização e domínio do sistema capitalista. Período em que o mundo e a natureza passam a ser percebidos por sua própria “complexidade, pela indeterminação e pela desordem, pelos riscos e pelas incertezas. A ordem racional buscada pela modernidade e o controle sobre a natureza, de que tanto o homem se orgulhava, desapareceram, cedendo espaço para o acaso e o risco” (AFONSO, 2013, p. 18). Esclarece Canto (2013, p. 183) que, simbolicamente, pode se considerar que a pós-modernidade se inicia com o fim da Segunda Guerra Mundial, momento em que há a derrocada do estado industrial e exposição das barbáries que se vivia até então.

¹² Ressalte-se a importância do elemento tempo para a indústria cultural. Na modernidade (e posteriormente em pós-modernidade), o que se tem é uma verdadeira diferenciação do tempo destinado ao trabalho para o tempo destinado ao lazer. O tempo livre surge como uma válvula de escape da coisificação sofrida pelo trabalhador em seu dia a dia de labuta. É o momento do dia em que o indivíduo se “desliga” para que, no dia seguinte, possa voltar à labuta com a sua energia renovada. E é exatamente nestas horas de ócio que se consomem os bens de entretenimento e lazer. Todavia, é neste tempo de “não se fazer nada” que o indivíduo é bombardeado por opções de entretenimento, “o que gera a necessidade da existência de algo que possa atender a esses desejos em grande escala: a indústria cultural. É importante destacar que pela sua produção grosseira de produtos idênticos para atender a demanda, a indústria cultural acaba por transformar, como afirma Adorno (2002), o tempo livre em uma paródia do seu conceito. [...] a indústria cultural tornou-se um mecanismo bem mais desenvolvido que inclui, como afirma Adorno (2002), o controle dos meios de comunicação de massa dos ideais da classe dominante” (CALAZANS; CAVALCANTI; LUCIAN, 2013, p. 205-206).

denominado de indústria cultural. Longe de sugerir a idéia de cultura produzida espontaneamente pelas massas, a indústria cultural impõe-se de cima para baixo, com a finalidade de homogeneizar, adaptar e integrar as massas aos valores capitalistas de consumo. Para tanto, implementou um vasto processo de racionalização dos procedimentos de produção, padronização e difusão dos produtos culturais, em que os modelos são fornecidos a priori pela probabilidade de lucro, bilheteria e sucesso de mercado e não pela qualidade intrínseca da obra artística considerada em sua autonomia, em seu valor e em sua singularidade (SOARES, VERBICARO, 2017, p. 112-113).

Neste cenário de forte influência da indústria cultural na determinação da forma de se comportar, de imposição de valores e, especialmente, de criação de hábitos de consumo das pessoas, o que se percebe é que elas são transformadas naquilo que o sistema econômico as força a ser¹³. Estão tão contaminadas pelos esquemas da indústria cultural e sua exploração sistemática e programada de bens culturais para fins comerciais, que passam a buscar incessantemente uma vida que corresponda exatamente ao modelo padrão apresentado.

Como consequência, o que há é uma busca compulsiva e desenfreada pela aquisição das mercadorias da “sociedade industrial e de consumo e a naturalização de sua linguagem a ponto de criar um repertório de gestos padronizados e estigmatizados” (SOARES, VERBICARO, 2017, p. 113).

Para todos algo está previsto; para que ninguém escape, as distinções são acentuadas e difundidas. O fornecimento ao público de uma hierarquia de qualidade serve apenas para uma quantificação mais complexa. Cada qual deve se comportar, como espontaneamente, em conformidade com o seu le-

vel, previamente caracterizado por certos sinais, e escolher a categoria de produtos de massa fabricada para seu tipo (ADORNO, HORKEIMER, 1985).

E é, portanto, neste cenário, em que se padronizam os gostos, a cultura, o comportamento e o próprio ato de consumir das pessoas, sempre a serviço do sistema econômico, que se mostra absolutamente necessário o estudo se (e de que forma) a indústria cultural é capaz de influenciar comportamentos negativos por parte de um específico nicho de consumidores hipervulneráveis, os idosos, em especial no que diz respeito à aquisição de crédito como meio para se alcançar um padrão e estilo de vida posto e determinado pelo mercado.

4. O perfil de consumo do idoso brasileiro e a indústria cultural



Conforme já dito, a população brasileira encontra-se em tendência definitiva para o envelhecimento, não havendo perspectiva de que os índices de natalidade se repetirão na mesma velocidade.

Todavia, se antes o avançar da idade era sinônimo de decrepitude, no século XXI, o que se observa é uma mudança total de perfil: os idosos estão cada vez mais conectados, conscientes, empoderados financeiramente e ávidos ao consumo de produtos e serviços que ultrapassem aqueles apenas voltados à sua inserção social.

Apresentam-se no mercado de consumo dispostos a adquirirem bens e serviços destinados ao prazer, ao lazer e ao conhecimento, em absoluta distinção daquele velho senil cuja imagem se perdeu no século passado.

A idade para as pessoas que ultrapassaram

a faixa de 60 anos não mais significa estar velho. É muito mais encarada como uma fase da vida de acúmulo de experiência e de espírito positivo. Os idosos de hoje são muito mais ativos e independentes do que aqueles de algumas décadas atrás.

Segundo dados do Serviço de Proteção ao Crédito e Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas¹⁴, mais de oitenta por cento dos idosos relatam aspectos positivos sobre a terceira idade, sendo que, em uma escala de zero a dez, a sensação de felicidade é de oito ou mais, para pelo menos 61% deles. E os idosos não pensam em morrer logo, o que indica que seus planos de vida consumista pós-sessenta anos são planejados para longo prazo. Para quase 60% deles, a impressão sobre a expectativa de vida é de quase 90 anos (89,6 anos).

No que diz respeito aos hábitos de consumo¹⁵, tem-se que, para se sentirem mais bonitos e confiantes, 26% utilizam cremes e produtos para o corpo, 22% compram roupas, sapatos e acessórios, e 17% tomam vitaminas, chás e colágenos. E, quando o assunto é o que fazem nos momentos de lazer para se distrair e divertir, os hábitos dos idosos são também diversos daqueles de gerações passadas. Para 59%, o tempo livre é destinado a assistir à televisão, 30% navegam na internet, 27% costumam ler livros, e 25% costumam viajar.

O que a percepção sobre a própria questão da idade e as modificações dos hábitos indica é que os idosos do século XXI se caracterizam como um nicho particular no mercado de consumo, possuindo necessidades específicas e diversas dos consumidores mais jovens, ao mesmo tempo em que se encontram conectados e receptivos aos velhos e novos instrumentos da indústria cultural e, portanto, expostos à massificação de comportamento dela consequente.

Se, antes, os idosos gastavam o último terço de suas vidas em práticas de lazer e de consumo desinteressantes ou pouco interessantes ao mercado, hoje são consumidores conectados aos novos instrumentos de comunicação e ávidos ao consumo de bens e serviços voltados ao lazer e ao prazer.

E se, por um lado, o acesso à internet e aos mais diversos instrumentos de comunicação abrem as portas ao conhecimento e a informações, por outro, expõem os idosos a práticas agressivas de marketing, informação seletiva e desinformação decorrentes da indústria cultural, o que faz com que seus hábitos de consumo sejam manipulados de forma inclusive a determinarem comportamentos prejudiciais a sua saúde financeira, levando-os, por conseguinte, ao superendividamento.

De acordo com estudo realizado por Araújo et al (2015) sobre o marketing desenvolvido em diversos instrumentos da indústria cultural voltados aos idosos, destaca-se a técnica de sua “figurativização”, que os apresentam em esquemas narrativos simulacros da realidade, que simboliza o ambiente social em que vivem.

A observação do corpus, independente da categorização dos anúncios por segmentos de produtos/serviços, revela que a grande maioria das imagens apresenta idosos em situação de lazer e de fruição descomprometida do tempo. Tais figuras refletem, logicamente, os temas gerais das narrativas dos anúncios que se baseiam na premissa de que a dita “terceira idade” seria o período para desfrutar das conquistas de uma vida plena de trabalho e de dedicação à família. Portanto, produtos e serviços relacionados a cuidados com a estética e a saúde, turismo e serviços financeiros (em especial oferta de crédito) surgem como soluções que auxiliam e

¹³ “A indústria cultural não apenas define os padrões para as práticas de consumo, como também apresenta estratégias para a imposição de valores e ideologias, e aqueles que não seguirem aos padrões impostos tendem à possibilidade de exclusão social” (DAVIES, NUNES, 2014).

¹⁴ Disponível em: https://www.spcbrasil.org.br/wpimprensa/wp-content/uploads/2018/09/SPC-Analise-Terceira_Idade_Estilo-de-Vida-e-Consumo-1.pdf. Acesso em: 11 nov. 2019.

¹⁵ Disponível em: https://www.spcbrasil.org.br/wpimprensa/wp-content/uploads/2018/09/SPC-Analise-Terceira_Idade_Estilo-de-Vida-e-Consumo-1.pdf. Acesso em: 11 nov. 2019.

dão suporte para a fruição do tempo (ARAÚJO et al., 2015, p.77)¹⁶.

Constrói-se, portanto, nesta narrativa, uma imagem dos idosos (geralmente apresentado em parques, shoppings, praias e em outros ambientes voltados ao lazer) de total desvinculação com o universo do trabalho e das responsabilidades do dia a dia, indicando que podem e devem desfrutar de um mundo de prazer e ser recompensados pelas conquistas realizadas ao longo de uma vida toda de trabalho, ao mesmo tempo em que a eles são ofertados produtos e serviços relacionados a cuidados com a estética, a saúde e o turismo. Trabalham-se muito mais os aspectos hedônicos dos produtos e serviços do que propriamente as suas utilidades.

E, quando o assunto se relaciona à publicidade de produtos e serviços financeiros, segundo Barros (2008, apud ARAÚJO et al., SILVA, 2015), a figura do idoso é relacionada a temáticas de decadência/inatividade, experiência/competência e liberdade/divertimento/ausência de obrigações ou compromissos.

Doll e Cavallazzi (2016) destacam que o crédito consignado é estimulado à população idosa principalmente através de um sistema de marketing agressivo, financiado pelos bancos, nos quais, associada à publicidade normal, são empregados clipes televisivos em que conhecidos atores, também já idosos, aconselham o “crédito amigo” aos aposentados.

Nestas campanhas, diversas técnicas de manipulação promovidas pela indústria cultural são desenvolvidas. Retira-se, por um lado, o limite entre a esfera econômica e o interesse privado através do chamado “crédito amigo”, por outro, “desculpabiliza-

-se” o crédito através de manipulação de sentimentos característicos da terceira idade, como solidão e saúde. Por fim, utilizam-se da autoridade de pessoas famosas para fins de manipular a vontade e a necessidade de consumo e aquisição do crédito.

Assim, o que se conclui é que, ao mesmo tempo em que se observa um maior empoderamento e protagonismo do consumidor idoso no século XXI, com anseios, exigências e necessidades próprias, tem-se uma maior exposição às práticas do mercado, em especial àquelas impostas pela indústria cultural de manipulação de hábitos de consumo, o que é capaz de conduzi-los a comportamentos negativos à sua saúde financeira, fundamentalmente quando, para gozarem da vida hedônica proposta, adquirem produtos e serviços ofertados pelo sistema financeiro.

O item seguinte será destinado à análise da aquisição de crédito irresponsável pelos consumidores idosos e de que forma isto é capaz de levá-los ao superendividamento.

5. O crédito irresponsável e o superendividamento dos idosos



O termo superendividamento tem origem na doutrina francesa e corresponde a uma impossibilidade de o devedor de boa-fé, considerando o seu poder aquisitivo e os meios normais de pagamento, saldar o montante de suas dívidas (BORGES, 2018, p. 97) ou a “impossibilidade de pagamento de dívidas contraídas por um tomador de crédito, geralmente o consumidor de

boa-fé, no momento de seu vencimento ou a partir do momento em que o débito tornar-se exigível por parte do credor” (OLIVEIRA, 2016, p. 92).

É uma neologia formada pela palavra “sur” (que significa super, excesso, sobrecarga) com a palavra endividamento, que significa o excesso de carga debitória que é impossível de pagar diante da renda existente e que pode comprometer a sobrevivência da pessoa.

Costuma-se ainda diferenciar o superendividamento ativo do passivo, sendo que aquele é fruto da aquisição de produtos e serviços de maneira descomedida e sem responsabilidade financeira, e este ocorre quando o consumidor não contribui diretamente para que aconteça, sendo mais o resultado de situações alheias a sua vontade, como, situação de desemprego e doença na família, dentre outras.

No que diz respeito aos consumidores idosos, já se abordou que eles, em que pese o seu empoderamento no mercado de consumo, vêm sendo bombardeados com repetidas campanhas de massa orquestradas pelos mais diversos meios de comunicação representantes da indústria cultural, o que faz com que, tal como as demais massas de consumidores, passem a se submeter a hábitos de consumo compatíveis com os interesses do mercado.

A imagem da figura do idoso do século XXI construída pela indústria cultural (de responsável financeiro de familiares, de ser a terceira idade aquela em que se deve aproveitar o estilo de vida hedonista etc.) tem um custo, um valor, o qual quase sempre apenas é alcançado através da aquisição de créditos impagáveis junto a instituições financeiras. Endivida-se para usufruir do estilo de vida imposto.

Enfim, cria a indústria cultural um modelo padrão de comportamento dos idosos, com valores e hábitos voltados ao consumo, oferece-lhes uma gama de serviços e bens voltados justamente para

suprir estas necessidades fictícias, ao mesmo tempo em que, para serem realizadas (já que possuem um custo), as instituições financeiras se encarregam de adiantar substancial crédito a ser pago mediante longas e intermináveis prestações.

Todavia, como a maioria dos idosos tem como fonte única de renda o benefício previdenciário ou assistencial correspondente ao valor do salário mínimo, qualquer parcela destinada ao pagamento de dívidas de crédito já lhes subtrai soma importante à sua manutenção, prejudicando, enfim, a sua própria sobrevivência mensal e criando verdadeiro obstáculo à quitação de suas dívidas.

Para se estimar o grau de endividamento dos idosos brasileiros juntos às instituições de crédito, segundo dados informados pela revista eletrônica Estado de Minas¹⁷ (reportagem datada de 06/03/2017), de cada dez beneficiários do INSS, pelo menos seis estão endividados por meio de apenas uma modalidade de crédito, o consignado. São aproximadamente 20,05 milhões de aposentados e pensionistas brasileiros com algum tipo de consignação em folha, montante de comprometimento que deve ser muito maior, eis que o INSS não consegue obter informações de outros tipos de contratos de empréstimos, como, por exemplo, os com desconto em conta em dia certo. O montante da dívida chega ao estratosférico valor de 102,3 bilhões de reais¹⁸, o que significa dizer que cada endividado, considerando apenas o crédito consignado em folha, deve, em média, R\$ 5.104,46.

Tal grau de endividamento junto às instituições de crédito tem um custo social seriíssimo: a total incapacidade dos idosos de adimplirem suas dívidas, o que acarreta diminuição de sua capacidade de consumo, de aquisição de produtos e serviços básicos para a sua sobrevivência e, enfim, verdadeira exclusão social.

¹⁶ Tal reprodução da realidade, segundo Adorno e Hokeimer (1985), não passa de mais uma técnica de manipulação das massas e determinação de comportamento: “Quanto maior a perfeição com que suas técnicas duplicam os objetos empíricos, mais fácil se torna hoje obter a ilusão de que o mundo exterior é o prolongamento sem ruptura do mundo que se descobre no filme. Desde a súbita introdução do filme sonoro, a reprodução mecânica pôs-se ao inteiro serviço desse projeto. A vida não deve mais, tendencialmente, deixar-se distinguir do filme sonoro. Ultrapassado de longe o teatro das ilusões, o filme não deixa mais a fantasia e ao pensamento dos espectadores nenhuma dimensão na qual estes possam, sem perder o fio, passear e divagar no quadro da obra filmica permanecendo, no entanto, livres de controle de seus dados exatos, e é assim precisamente que o filme adentra o espectador entregue a ele para se identificar imediatamente com a realidade”.

¹⁷ Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/03/06/internas_economia,851853/aposentados-e-pensionistas-estao-sufocados-pelo-credito-consignado.shtml. Acesso em: 12 nov. 2019.

¹⁸ O valor atualizado do montante da dívida gira, em dados atualizados a maio de 2019, em torno de 133 bilhões de reais, ou seja, aumento de mais de trinta bilhões de reais em aproximadamente dois anos.

Segundo reportagem do jornal eletrônico Estadão¹⁹, a inadimplência dos idosos é a que mais cresce no País, passando de 8,7 milhões para 9,7 milhões apenas no período de maio de 2018 a maio de 2019, ou seja, um aumento de 9,3% no intervalo de apenas um ano, percentual este bem superior se comparado ao aumento do grau de inadimplência do restante da população (2,2%), sendo o principal motivo, justamente, o chamado crédito consignado.

Segundo Marques (2017), o grau de endividamento dos idosos tem inclusive reflexo em ações judiciais. Em pesquisa empírica realizada pelo Projeto Piloto TJ/RS, sob a coordenação das magistradas Káren Bertoncello e Clarissa Costa, levantou-se que, nos cinco anos de duração do projeto (2007/2012), das 3.225 audiências de consumidores superendividados, 18,5% eram de idosos, ou seja, percentual muito maior do que a parcela de idosos da população brasileira (cerca de 13% ou 26 milhões de idosos).

Dos dados apresentados, pode-se dizer que a inadimplência e o superendividamento dos idosos brasileiros são uma realidade diretamente relacionada à contratação de crédito, mas suas causas mais profundas podem ser encontradas justamente na massificação de práticas de consumo determinadas pela indústria cultural a que estão expostos, a qual, ao tempo que os empoderam, condiciona-os a comportamentos voltados ao hedonismo, ao consumo desenfreado ou a assumir responsabilidades decorrentes de sua pseudocondição de esteio de família.

6. Conclusão



Observou-se que os idosos vêm ocupando cada vez mais uma posição de protagonismo no mercado de consumo, talvez nunca antes presenciada na história de nosso País.

O idoso da atualidade, seja em relação a ne-

cessidades, seja em relação à perspectiva quanto ao futuro, não pode ser nem de longe mais comparado ao idoso do século passado. Hoje, percebe-se que as pessoas da terceira idade são mais dispostas, investem no futuro e se inserem na sociedade de maneira muito mais inclusiva a de outrora. O idoso não mais passa os últimos anos de sua existência na terra esperando a morte, mas sim goza deste último terço de vida de maneira mais ativa, em busca de conhecimento e experiências novas, não vivenciadas em outros momentos de sua vida.

Concomitantemente a esse novo modelo de vida assumido pelos idosos, tem-se que eles, quer em razão de serem os principais destinatários de benefícios previdenciários e assistenciais, quer em razão do resultado mesmo de uma vida inteira de acumulação de patrimônio, encontram-se, se comparados aos demais integrantes da população brasileira, em situação financeira relativamente boa, o que resulta em maior empoderamento no mercado de consumo.

Tal protagonismo, todavia, não passou despercebido pelos fornecedores de bens e serviços, nem pela indústria cultural. Maciças campanhas publicitárias hoje estão sendo criadas e direcionadas especificamente aos idosos, voltadas ao estímulo e à padronização de hábitos consumistas, muitas vezes perniciosos à saúde financeira deles.

Os idosos, seja pelas próprias características da idade, seja pela necessidade de aquisição de determinados produtos e serviços necessários a sua inserção social, seja, enfim, pelo protagonismo recente no mercado de consumo, mostram-se mais débeis em resistir às violações aos seus direitos de livre escolha de consumo. Pode-se dizer, portanto, que, em comparação ao consumidor médio, sua vulnerabilidade é agravada. São eles hipervulneráveis.

Valoriza-se o consumo hedonista, irresponsável e absolutamente despreocupado com o futuro da população mais velha. Estimula-se o gozo da vida imediato pelos idosos, como se estes, dada a melhora

das suas condições de uma maneira em geral, não tivessem uma perspectiva ainda longa de vida. Figurativizam-se os idosos como esteio de suas famílias, ao mesmo tempo em que se criam responsabilidades em relação à educação e ao sustento de filhos e netos.

E é exatamente para se dar conta deste novo modelo de vida imposto e de novas responsabilidades figurativizadas em relação a familiares, que a oferta de crédito é apresentada como a solução ideal.

O que se demonstrou, todavia, é que é justamente o “remédio”, ou seja, o crédito, oferecido como solução para levarem a vida idealizada pela indústria cultural, a principal causa do superendi-

vidamento dos idosos.

Como se observou ao longo do desenvolvimento do presente trabalho, o percentual de endividados idosos vem crescendo exponencialmente e de maneira muito superior se comparada ao restante da população, sendo justamente a aquisição do crédito irresponsável seu principal motivo.

O resultado do superendividamento da população mais velha brasileira é um cenário crescente e irreversível de exclusão social e econômica, com potencialidade de afetar inclusive a sua própria saúde psiquiátrica e, por conseguinte, gerando irremediáveis consequências públicas e sociais.

Referências

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

AFONSO, Luiz Fernando. **Publicidade abusiva e proteção do consumidor idoso**. São Paulo: Atlas. 2013.

ARAÚJO, Fábio Francisco de; CASOTI, Letícia Moreira; SILVA, Renata Céli Moreira da; PESSÓA, Luis Alexandre Grubts de Paula. O consumidor de terceira idade na primeira década do século XXI: uma análise da propaganda dirigida a idosos. **Revista Administração em Diálogo**, São Paulo, v. 17, n.1, p. 54-85, jan./abr. 2015.

BORGES, João Paulo Resende. O Superendividamento no Brasil: um estudo sob a ótica da Análise Econômica do Direito. **Revista da Procuradoria Geral do Banco Central**, Brasília, v. 12, n. 2, p.95-109, dez. 2018.

BOTELHO, Isaura. Dimensões da cultura e políticas públicas. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 2, 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000200011&lng=e m&nrm=iso. Acesso em: 05 nov. 2019.

CALAZANS, Janaína de Holanda Costa; CAVALCANTI, Gêsa Karla; LUCIAN, Rafael. O uso de redes sociais segmentadas na promoção de produtos culturais: uma análise do caso getglue. **Revista Interamericana de Comunicação Midiática**, v. 12 n. 14, p. 202-213, 2013.

CAMARANO, Ana Amélia. **Envelhecimento da população brasileira**: uma contribuição demográfica. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2002.

CANEDO, Daniele. “**Cultura é o quê?**” – reflexões sobre o conceito de cultura e a atuação dos poderes públicos. V ENECULT – Encontro de estudos multidisciplinares em cultura, 2009.

Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,inadimplencia-entre-idosos-e-a-que-mais-cresce-no-pais,70002906845>. Acesso em 12 nov. 2019.

CANTO, Rodrigo Eidelwein do. Direito do consumidor e vulnerabilidade no meio digital. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 87, p. 179-209, mai./jun. 2013

COELHO, Teixeira. **O que é indústria cultural**. Brasília: Brasiliense, 1980. (Coleção Primeiros passos)

DAVIES, Lorenice Freire; NUNES, Denise Silva. A influência da indústria cultural no consumo e o papel da educação ambiental para a promoção do consumo sustentável. In: SEMANA ACADÊMICA DA FADISMA, 11., 2014, Santa Maria. **Anais** [...], Santa Maria (RS), 2014

DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e superendividamento dos idosos. **Revista Direito do Consumidor**, v. 107, set./out. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.107.11.PDF

MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do idosos consumidor: diálogo das fontes para proteger o idoso e prevenir o superendividamento. In: LEITE, G. S; Leite G. S; Mendes, G. F; Mudrovitsch, R. B. **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Pulo: Saraiva, 2017.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Felipe Guimarães. **O superendividamento na sociedade brasileira e os desafios para uma tutela jurídica-econômica de proteção ao consumidor no século XXI**.

Dissertação (Mestrado na área de Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional) – Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, 2016. Disponível em: <https://www.cesupa.br/MestradoDireito/dissertacoes.asp>.

PEDREIRA, Adalto et al. Consumo e Identidade: Reflexão sobre a indústria cultural e sua influência no cotidiano. **Psicologado**. Edição 08/2011. Disponível em: <https://psicologado.com.br/psicologia-geral/consumo-e-identidade-reflexao-sobre-a-industria-cultural-e-sua-influencia-no-cotidiano>. Acesso em: 11 nov. 2019.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius César. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 18, n. 116, p. 533-558, out.2016/jan.2017.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.

SOARES, Dennis Verbicaro; VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. A indústria cultural e o caráter fictício da individualidade na definição de consumidor-comunidade global. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 17, n.1, p. 107-131, jan./abr. 2017.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Seção de Direito Privado

Ação Rescisória

AÇÃO RESCISÓRIA (47) - 0807408-81.2019.8.14.0000
AUTOR: CARMEM SORAIA A DOS REIS
REU: RESIDENCIAL CIDADE JARDIM VI SPE-LTDA
RELATOR(A): Desembargador RICARDO FERREIRA NUNES

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA EM AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. FUNDAMENTO NO ARTIGO 966, INCISO V DO NCPC. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 334 DO NCPC. MATÉRIA NÃO PRECIADA EM SENTENÇA. INÉRCIA DA PARTE. VIOLAÇÃO MANIFESTA À NORMA JURÍDICA. INOCORRÊNCIA. INVIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. EXTINÇÃO DO FEITO COM JULGAMENTO DO MÉRITO. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE, À UNANIMIDADE.

1. O julgado que se pretende rescindir não se enquadra na hipótese do art. 966, V do NCPC, de forma a possibilitar a sua rescisão, na medida em que a alegação de violação manifesta à norma jurídica pressupõe o erro crasso do juízo na aplicação do direito no caso concreto, tendo o Superior Tribunal de Justiça firmado o posicionamento no sentido de que não tem cabimento a rescisória se as teses em torno dos dispositivos tido por violados (fundamento da Ação Rescisória) não foram analisados pela decisão rescindenda. Precedentes.
2. Hipótese dos autos em que não houve no processo de origem qualquer discussão acerca da necessidade de observância à antecedência de 20 (vinte) dias entre a citação e a data designada para audiência de conciliação, ou foi feita qualquer menção ao artigo 334, do NCPC, tido por violado pela autora, o que poderia ter sido feito por simples petição nos autos ou mesmo por meio do recurso cabível.
3. É entendimento assente na jurisprudência pátria que a Ação Rescisória não é sucedâneo recursal e, por isso, não se presta a corrigir, sob o argumento de violação a literal disposição de lei, eventual injustiça da decisão. Ausente manifesta violação à norma jurídica, conforme exige o artigo 966, V do Código de Processo Civil, impõe-se improcedência da Ação Rescisória.
4. Juízo rescisório julgado improcedente. Processo extinto com resolução do mérito, na forma do art. 487, inciso I, do CPC/15, à unanimidade.

RELATÓRIO

Trata-se de AÇÃO RESCISÓRIA, com pedido de tutela provisória, ajuizada por CARMEM SORAIA A DOS REIS em desfavor de RESIDENCIAL CIDADE JARDIM VI SPE –LTDA.

Pretende a autora a rescisão da sentença proferida na Ação de Rescisão Contratual com Pedido de Reintegração de Posse e Indenização por Perdas e Danos, transitada em julgado em 26.11.2018 (Proc. 0005297-71.2018.8.14.0040), em razão de suposta violação manifesta à norma jurídica conforme o artigo 966, V do CPC.

Argumenta que o mandado citatório expedido nos autos de origem foi cumprido após a data designada para a realização da audiência de conciliação, de forma que deveria ter sido redesignada a audiência e devolvido o prazo para apresentação de contestação. Não obstante, foi certificado pelo Diretor de Secretaria a inexistência de contestação com a consequente prolação de sentença de procedência, sem que se tenha observado o cumprimento tardio do mandado de citação e o marco para a apresentação de contestação.

Requer o julgamento de procedência da presente ação para, nos termos do artigo 966, V, do Código de Processo Civil, rescindir a sentença definitiva prolatada na Ação de Rescisão Contratual com Pedido de Reintegração de Posse com Pedido liminar e Indenização por Perdas e Danos, transitada em julgado em 26.11.2018 e determinar que o Juízo de Primeiro Grau dê normal seguimento ao processo, até final julgamento.

Recebi os autos por distribuição.

Em decisão de ID 2296062, após a apresentação dos documentos pertinentes, deferi a gratuidade de justiça e determinei a emenda da petição inicial para que fossem indicados os dispositivos legais que teriam sido violados em sentença e, ainda, que fosse efetivado o ajuste do pedido, ante a impossibilidade de atendimento ao pleito de remessa do feito para novo julgamento pelo juízo de origem.

A parte autora apresentou petição, em cumprimento à determinação de emenda, indicando que a sentença prolatada teria violado de forma manifesta o art. 334, caput do CPC, que prevê o prazo de 20 dias de antecedência para a citação do réu, para que este compareça a audiência de conciliação ou mediação e alterou o pedido para que seja rescindida a sentença e proferido novo julgamento da causa.

Em decisão de ID 2431823, indeferi o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, por entender não estar demonstrada a probabilidade do direito.

Contestação apresentada (ID 3147707) alegando, em síntese, que houve citação válida da ré no processo de origem, sem que tenha sido protocolada defesa ou pedido de rede-

signação da audiência de conciliação, em que pese o juízo ter deixado claro o termo inicial do prazo para apresentação de defesa, não havendo que se falar em violação ao artigo 334, caput do CPC/2015. Requer a extinção do processo com resolução do mérito com o julgamento de improcedência da ação e a condenação da requerente ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Instada a se manifestar, a procuradoria do Ministério Público apresentou manifestação pela improcedência da ação rescisória, ante o mero inconformismo da autora com o decidido no julgado rescindendo, situação que não corresponde a nenhuma das hipóteses legais de rescindibilidade previstas no artigo 966 do NCPC e demonstra que a presente ação tem nítido caráter de sucedâneo recursal, o que é incabível.

É o relatório.

Inclua-se o feito na pauta de julgamento do plenário virtual.

Belém, 31 de agosto de 2020.

DES. RICARDO FERREIRA NUNES

Relator

VOTO

A autora é dispensada do depósito prévio de 5% (cinco por cento) estabelecido no art. 986, inciso II, §1.º, do CPC/15, em razão do deferimento da justiça gratuita, e a ação rescisória foi ajuizada no prazo de 02 (dois) anos do trânsito em julgado da sentença guerreada, estando preenchidos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual, passo a apreciar a alegação da existência de manifesta violação à norma jurídica, na forma do art. 966, inciso V, do CPC/15.

Inicialmente, ressalto que é cediço o posicionamento da jurisprudência pátria de que a coisa julgada impugnável pela ação rescisória não é aquela formada apenas após o esgotamento de todas as vias recursais. Em suma, é possível que mesmo sem se valer de todos os recursos disponíveis na ação de conhecimento, por qualquer motivo, o advogado ainda possa se valer da ação rescisória para desconstituir eventual coisa julgada viciada, desde que se enquadre nas restritas hipóteses legais.

Apesar disto, é necessário esclarecer que a ação rescisória não deve ser utilizada como nova instância recursal, em tentativa de reverter decisão ou sentença de cujo prazo se perdeu, na medida em que a Ação Rescisória, por ser cabível para desconstituir decisão de mérito transitada em julgado, relativizando a própria segurança jurídica do ordenamento, é via excepcional de impugnação de decisões judiciais, restrita as hipóteses previstas no art. 966 do NCPC.

Dentre as hipóteses de cabimento, o requerente construiu sua tese com base no argumento de que teria havido manifesta violação à norma jurídica (art. 966, V, do NCPC), hipótese sobre a qual, alguns esclarecimentos se fazem necessários.

Daniel Amorim, ao se manifestar sobre o tema afirma que referido inciso tem como fundamento o erro crasso do juízo na aplicação do direito no caso concreto [1].

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a hipótese legal com base no CPC de 73, porém em interpretação que permanece vigente, esclarece que “*para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se ‘recurso ordinário’ com prazo de interposição de dois anos (RESP 9.086-SP) – A ação rescisória não se admite a revisar a justiça da decisão*” (STJ, AR 464/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, 2ª Seção, jul.28.05.2003, DJ 19.12.2003, P.310 in THEODORO JUNIOR, Humberto, 1938. **Código de Processo Civil anotado**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018).

Em suma, não é qualquer violação à norma jurídica que admite a desconstituição de decisão transitada em julgado por meio da Ação Rescisória. Em verdade, tenho posicionamento razoavelmente restritivo da ação rescisória, entendendo que esta só pode ser utilizada em casos onde a interpretação que se dá à norma dialogue com o absurdo, quando se dá interpretação divergente a dispositivo de interpretação unívoca.

É imperioso também que a matéria discutida não seja fática, e sim de direito, sob pena se transformar a ação rescisória em novo recurso ordinário [2]

Pois bem, feitas essas breves considerações, passo a analisar a matéria posta a minha análise.

Aduz a parte autora que teria havido violação à norma jurídica ao não ser observado no processo de origem, a necessidade de antecedência de 20 (vinte) dias entre a citação e a data designada para audiência de conciliação com a consequente decretação indevida de revelia e julgamento de procedência da ação.

Ocorre que, com supedâneo nas limitações inerentes à ação rescisória, entendo que o julgado que se pretende rescindir não se enquadra na hipótese do art. 966, V do NCPC, de forma a possibilitar a sua rescisão, na medida em que como ressaltado na decisão em que indeferi a tutela antecipada, a alegação de violação manifesta à norma jurídica pressupõe o erro crasso do juízo na aplicação do direito ao caso concreto, tendo o Superior Tribunal de Justiça firmado o posicionamento no sentido de que não tem cabimento a rescisória se as teses em torno dos dispositivos tido por violados (fundamento da ação rescisória) não foram analisados pela decisão rescindenda. Vejamos.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC.

OFENSA À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA DECISÃO RESCINDENDA. NÃO CABIMENTO. REALINHAMENTO DE VOTO. 1. Discute-se a incidência da regra da semestralidade na apuração da base de cálculo do PIS. 2. Na sessão do dia 8.6.2016, proferi voto dando provimento a ação rescisória por entender que, nos termos do art. 6º da Lei Complementar 7/70, a base de cálculo do PIS é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, à alíquota de 0,65%. 3. O Ministro Herman Benjamin, em seu voto, ponderou que a parte autora pretende, com a desconstituição do acórdão rescindendo, “a prevalência da regra da semestralidade na apuração da base de cálculo do PIS. **Sucedo que o acórdão rescindendo não possui capítulo decisório acerca do tema e isso ficou expressamente consignado no voto condutor do Ministro Teori Zavascki.**” 4. Nos termos da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, “**não cabe ação rescisória quando o pedido formulado nesta ação se refere a matéria diversa da que foi tratada no julgado rescindendo**” (AR 3.543/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2013, DJe 19/12/2013.). 5. Realinho o voto anteriormente proferido. Ação rescisória extinta sem resolução de mérito. (AR 4.142/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/08/2016, DJe 07/10/2016) (negritei)

Da mesma forma, vem entendendo este Eg. Tribunal de Justiça:

AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. MATÉRIA NÃO APRECIADAS NA SENTENÇA E ACÓRDÃO RESCINDENDOS E NECESSIDADE DE REAPRECIAÇÃO DE FATOS E PROVAS. INADMISSÍVEL NA VIA RESCISÓRIA. **Em sede de rescisória por violação literal de lei, com base no art. 485, inciso V, do CPC/73 (Art. 966, inciso V, do CPC/15), é necessário que a violação a norma tenha sido flagrante, com manifestação a acerca da matéria disciplinada pelos dispositivos legais cuja literalidade supostamente foi violada, e que não seja necessária a reapreciação de fatos e provas, para se verificar a correção da decisão rescindenda em relação a norma apontada como violada, o que não ocorre na**

espécie dos autos, onde os dispositivos legais apontados como violados sequer foram apreciados no acórdão rescindendo e a verificação da afronta exige a reapreciação de fatos e provas, inviável na via rescisória. Precedentes do STJ. Pedido rescisória julgado improcedente à unanimidade.?

(2019.05125844-82, 210.633, Rel. LUZIA NADJA GUIMARAES NASCIMENTO, Órgão Julgador SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2019-12-10, publicado em 2019-12-11) (negritei)

Pelo que se verifica, é necessário para a configuração da ofensa ao art. 966, V do CPC, que a matéria objeto da insurgência tenha sido tratada na decisão rescindenda, o que não ocorreu na hipótese dos autos em razão da inércia da parte. De fato, não houve no processo de origem qualquer discussão acerca da necessidade de observância à antecedência de 20 (vinte) dias entre a citação e a data designada para audiência de conciliação, ou foi feita qualquer menção ao artigo 334, do NCPC, tido por violado pela autora, o que poderia ter sido feito por simples petição nos autos ou mesmo por meio do recurso cabível.

Em verdade, compulsando os documentos referentes aos autos de origem, verifica-se que a parte ré, ora autora, apesar de devidamente citada, se manteve inerte não tendo apresentado contestação ou mesmo solicitado a redesignação de audiência. É o que se depreende da certidão da 2ª Vara Cível e Empresarial da Comarca de Parauapebas (ID 2149931), segundo a qual: “em 27/08/2018 é juntado aos autos, a devolução do mandado de citação, devidamente cumprido conforme certidão do oficial de justiça de fls.127. Em 11/09/2018, os autos foram retirados da secretaria em carga rápida pela causídica Karina Lima Pinheiro (...). Em 18/09/2018. Às 13:43:29, os autos são devolvidos ao cartório. Em 27/03/2018, a secretaria certifica a ausência de contestação por parte do requerido. Em 05/10/2018, a Magistrada Titular da Vara, sentencia o feito”.

Como se verifica, a autora foi citada e poderia ter apresentado contestação, ou ainda, caso fosse de seu interesse, poderia ter pleiteado a designação de nova audiência com a reabertura do prazo para contestar, porém, permaneceu inerte, em que pese sua atual procuradora ter retirado o processo em carga rápida.

Não vislumbro, no caso, manifesta violação à norma jurídica e sim a tentativa da autora de, por meio de ação rescisória, rever a decisão proferida em processo no qual não se manifestou de forma oportuna seja por meio de defesa ou recurso.

Como bem ressaltado pelo ilustre representante do *parquet*: “(...) claramente se percebe que a autora apenas demonstra o inconformismo com o decidido no julgado rescindendo, situação que não corresponde a nenhuma das hipóteses legais de rescindibilidade previstas no artigo 966 do NCPC. Assim, constata-se que a presente ação rescisória tem nítido caráter de sucedâneo recursal, o que se reputa incabível, em razão do seu caráter excepcional”.

Sobre o assunto, é entendimento assente na jurisprudência pátria que a ação rescisória não é sucedâneo recursal e, por isso, não se presta a corrigir, sob o argumento de violação a literal disposição de lei, eventual injustiça da decisão.

Nesse sentido:

A jurisprudência do STJ é de que a Ação Rescisória não é o meio adequado para a correção de suposta injustiça da Sentença, apreciação de má interpretação dos fatos ou de reexame de provas produzidas, tampouco para complementá-la. Para justificar a procedência da demanda rescisória, a ofensa à lei deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade.

(AgInt no REsp 1681176/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 23/11/2018).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. OMISSÃO (CPC/1973, ART. 535, II). INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (CPC/1973, ART. 485, V). NÃO OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. EQUIDADE. ART. 20, § 4º, DO CPC/1973. AGRAVO NÃO PROVIDO.

(,...)

2. “O acolhimento da ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC exige que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo discrepante que viole o dispositivo legal em sua literalidade, porque, se a decisão rescindenda elege uma dentre as interpretações cabíveis, a ação rescisória não merece prosperar” (AgInt na AR 5.465/TO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 18/12/2018).

(

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1053782/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 04/09/2019)

Feitas estas considerações, na hipótese dos autos não vislumbro ter ocorrido manifesta violação à norma jurídica apta a rescindir o julgado, sendo inegável que o que pretende a autora é a correção de suposta injustiça da decisão, tratando a presente ação como verdadeiro sucedâneo recursal, o que não se admite.

Ratifico uma vez mais que a minha posição quanto a ação rescisória é restritiva. É necessário que o judiciário sempre tome cuidado para não transformar esta via em caminho ordinário de rediscussão de mérito. Assim, pelo que foi exposto, cristalino que não houve manifesta violação à norma jurídica, conforme exige o artigo 966, V do Código de Processo Civil, o que impõe a improcedência da presente ação.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido rescisório de desconstituição da sentença proferida na Ação de Rescisão Contratual com Pedido de Reintegração de Posse e Indenização por Perdas e Danos (Proc. 0005297-71.2018.8.14.0040), e julgo extinto o processo, com resolução do mérito, na forma do art. 487, inciso I, do CPC/15, nos termos da fundamentação.

Em razão da sucumbência, condeno a autora a pagar as custas e honorários advocatícios de 10% (dez por cento), na forma do art. 85, §3.º, inciso I, do CPC/15, ficando a sua exigibilidade suspensa ante a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

É o voto.

Belém, 08 de outubro de 2020.

DES. RICARDO FERREIRA NUNES

Desembargador Relator

[1] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** volume único. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 1473.

[2] DIDIER JR, Fredie; CUNHA: Leonardo Carneiro da. **Curso de processo civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 11ª ed. Ed. JusPodivm. p.442

AÇÃO RESCISÓRIA (47) - 0808358-90.2019.8.14.0000

AUTOR: LIDER COMERCIO E INDUSTRIA LTDA.

REU: DAVID MENDES VALENTE

RELATOR(A): Desembargador RICARDO FERREIRA NUNES

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL EM VIRTUDE DE ERRO NO ENDEREÇAMENTO. REJEITADA. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL EM RAZÃO DE AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REJEITADA. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO ÓRGÃO MINISTERIAL. MÉRITO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO PROLATOR DA SENTENÇA. DISCUSSÃO SOBRE INDENIZAÇÃO EM VIRTUDE DE FURTO DE VEÍCULO OCORRIDO EM ESTACIONAMENTO DE EMPREGADOR. ESTACIONAMENTO FORNECIDO EXCLUSIVAMENTE AOS CONSUMIDORES DO SUPERMERCADO. CONFISSÃO DA PARTE AUTORA. PRECEDENTE DO STJ INDICANDO A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESPECIALIZADA PARA JULGAMENTO DESSA MATÉRIA QUANDO O EMPREGADOR INDICAR LOCAL PARA USO DOS FUNCIONÁRIOS. AUSÊNCIA DE PROVAS DE IRREGULARIDADE DE INTIMAÇÃO DO AUTOR QUANDO DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE À UNANIMIDADE.

1. Preliminar de inépcia da inicial em virtude de endereçamento errôneo. Embora tenha constado no cabeçalho da inicial a indicação do juízo de primeiro grau, o fato é que a parte autora protocolou a peça vestibular no PJE no Órgão de julgamento correto (Seção de Direito Privado), o que, não configura irregularidade capaz de ensejar a extinção do processo sem exame do mérito, pois o protocolamento escorreito supriu o equívoco cometido na indicação realizada. Preliminar rejeitada.

2. Preliminar de inépcia da inicial em razão de ausência de requerimento de intimação do Ministério Público. Nos termos do §1º do art. 330 do CPC, a ausência de requerimento da intervenção do Ministério Público não torna a inicial inepta. A falta do referido pedido se trata de vício sanável, o qual poderia, se fosse o caso, ser corrigido inclusive de ofício. No entanto, tal correção não se faz necessária porque, conforme leciona o parágrafo único do art. 967 do CPC, a intervenção do Ministério Público como *custus legis* na Ação Rescisória, apenas ocorre quando se trata das hipóteses previstas no art. 178 do mesmo diploma legal, o que não é o caso dos autos. Preliminar rejeitada.

3. Nas situações em que veículos de empregados são furtados nas dependências da empresa, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que **“se o furto ocorre no local indicado pelo empregador para o estacionamento de veículos de seus em-**

pregados, a indenização do dano patrimonial resultante deve ser perseguida na Justiça do Trabalho” (CC 82.729/SC, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/11/2007, DJe 04/08/2008).

4. Na hipótese dos autos, a empresa autora, em sua inicial, asseverou de forma categórica que o estacionamento fornecido se destinava exclusivamente aos seus clientes. Com base nessa afirmação, resta afastado o vínculo trabalhista alegado, pois não houve assunção, por parte do empregador, de responsabilidade acessória de guarda de veículo decorrente do contrato de trabalho firmado com o ora requerido, tratando-se, como afirmado pelo juízo singular, de relação de consumo, o que, como cediço não está sob a competência da justiça especializada.

5. Não se desincumbido a parte autora em demonstrar a nulidade absoluta da intimação da sentença em virtude de ter sido publicada em nome de advogados que não possuíam poderes para atuar, não há como reconhecer referida irregularidade processual. Inteligência do art. 373, I do CPC.

6. Pleito rescisório julgado improcedente, à unanimidade.

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória com pedido de tutela de urgência, com o fim de desconstituir a sentença, prolatada pelo juízo da 1ª Vara Cível e Empresarial da Comarca da Capital, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais (proc. Nº 0042388-57.2010.8.14.0301), ajuizada por David Mendes Valente, em desfavor de Líder Comércio e Indústria Ltda.

Em sua inicial, narra o autor que no processo acima mencionado foi proferida sentença lhe condenando ao pagamento do valor de R\$10.927,00 (dez mil, novecentos e vinte e sete reais) a título de indenização por danos materiais, bem como ao pagamento da quantia de R\$20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais, ambas condenações corrigidas monetariamente a partir da distribuição do feito que ocorreu em 04/11/2010. Segue afirmando que referido feito foi sentenciado eivado vícios insanáveis, pois decorrem de nulidades absolutas e que, por isso, poderiam ser arguidas a qualquer momento processual, inclusive por meio de ação rescisória.

Aduz que a primeira nulidade diz respeito à inobservância da competência da justiça do trabalho para apreciar a demanda, haja vista que conforme se observa da inicial da ação que originou a presente rescisória, houve confissão por parte do demandante

daquela ação que teria supostamente sofrido o dano quando “ao se dirigir ao seu local de trabalho, durante sua jornada de trabalho, teria deixado seu veículo guardado no estacionamento do seu empregador”. E sendo estes os argumentos utilizados para embasar a pretensão indenizatória, a apreciação e julgamento deveriam ter ocorrido o juízo trabalhista, pois a relação do ora requerido com a ora requerente sobre o furto do automóvel, não era de consumo ou de responsabilidade civil regida pelo Código Civil, mas sim uma relação de emprego, pois na época do fato ele era empregado do supermercado e estava em seu horário de trabalho, quando supostamente deixou o veículo no estacionamento da sua empregadora, o qual é destinado aos seus consumidores, jamais aos seus empregados.

Já a segunda nulidade alegada se refere a ocorrência de vício na representação do supermercado na ação originária, pois os advogados que praticaram os atos processuais não se encontravam habilitados por procuração, tendo a sentença sido publicada em nome de causídicos que sequer praticaram atos no processo e que já não mais se encontram no quadro de advogados da empresa autora. Assim, como a sentença não foi publicada no nome do advogado que subscreveu as alegações finais, levou a não interposição de recurso de apelação e consequente trânsito em julgado da sentença.

Custas iniciais recolhidas (ID 2277782) e depósito prévio realizado (ID's 2302867 e 2302868).

Em sede de apreciação da medida de urgência requerida (ID 2311507), determinei a suspensão do cumprimento de sentença do processo originário até o julgamento final da presente rescisória, desde que o ora autor realizasse depósito do valor da condenação que havia lhe sido imposta sob pena de revogação da liminar, o que foi cumprido pelo requerente conforme se observa no ID 2364426 – pág. 01.

Após a citação, o demandado apresentou contestação argumentando que na ação de conhecimento, o supermercado em sua defesa não suscitou em nenhum momento a incompetência do juízo da 1ª Vara Cível e Empresarial da Capital, ou seja, aceitou o processamento do feito por esse juízo, sendo, portanto, competente para processar e julgar aquela ação. Argui também que na ação originária proposta pelo ora réu jamais foi relacionada com vínculo empregatício empregado X empregador, pois o contestante, quando do ingresso da ação indenizatória, não mais pertencia ao quadro de funcionários do autor desta rescisória e tampouco a demanda teve relação com acidente de trabalho. Além disso, alega, de forma preliminar, inépcia da inicial dada ausência de requerimento de intimação do representante do Ministério Público, bem como em função de ter feito endereçamento errôneo, vez que está direcionado ao juízo que proferiu a sentença. No mérito, defendeu a competência da justiça comum, pois à época da distribuição da demanda, o contestante não mais pertencia aos quadros de funcionários do supermercado e, além disso, o ora autor, quando da apresentação da sua peça de defesa, sequer apresentou pedido liminar de incompetência daquele juízo, não se desincumbido do ônus da prova

quando teve oportunidade.

Em seguida, foi oportunizada à parte autora a apresenta réplica à contestação, o que foi providenciado, consoante ID 2670581, tendo refutado todos os argumentos manejados na contestação e pugnado pela procedência do juízo rescisório.

Por fim, considerando que a controvérsia travada na presente ação constitucional diz respeito a matéria exclusivamente de direito, encerrei a fase instrutória e, conforme determina o Código de Processo Civil, determinei que ambas as partes apresentassem memoriais finais, o que foi efetivamente cumprido (ID 2835939 e 2851750).

Nada mais havendo, vieram-me os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

Inclua-se o presente feito na pauta do plenário virtual da próxima sessão da Seção de Direito Privado.

Belém, 13 de abril de 2020.

Des. RICARDO FERREIRA NUNES
Relator

VOTO

Considerações iniciais.

Em se tratando de ação rescisória aforada sob o fundamento do art. 966, II 1 do CPC (incompetência absoluta do juízo), bem como ter obedecido o prazo decadencial de 02 (dois) anos a contar do trânsito em julgado da sentença de mérito que pretende desconstituir (ID 2277804) e, além disso, foi providenciado o recolhimento das custas (ID 2277782) e depósito prévio (ID 2302868), a mesma deve ser processada.

Preliminares.

Inépcia da inicial. Endereçamento errôneo.

Sustenta o demandado a extinção sem resolução do mérito do presente feito em razão da parte autora não ter se atentado quanto ao endereçamento correto da ação, pois foi direcionada ao juízo a quo.

Sem maiores digressões, reputo não lhe assistir razão, haja vista que, embora tenha constado no cabeçalho da inicial a indicação do juízo de primeiro grau, o fato é que a parte autora protocolou a peça vestibular no PJE no órgão de julgamento correto (Seção de Direito Privado), o que, a meu ver, não configura irregularidade capaz de ensejar a extinção do processo sem exame do mérito, pois o protocolamento escorreito supriu o equívoco cometido na indicação realizada.

Posto isso, REJEITO a preliminar.

1. Inépcia da inicial. Ausência de intimação do representante do Ministério Público.

Defende o réu que no caso em questão não restam dúvidas da existência de interesse de ordem jurídica, pois a empresa autora sustenta o pleito rescisório em nulidade absoluta do ato processual e incompetência do juízo, sendo necessária, portanto, a intervenção do Ministério Público. E como não houve requerimento de intimação do órgão ministerial, a inicial deveria ser considerada inepta o que, por via de consequência, ocasionaria a extinção da demanda sem resolução do mérito.

Sem razão o demandado.

Digo isso porque, nos termos do §1º do art. 330 do CPC, a ausência de requerimento da intervenção do Ministério Público não torna a inicial inepta. Veja-se:

§ 1º Considera-se inepta a petição inicial quando:

- I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;
- II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico;
- III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;
- IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.

A falta do referido pedido se trata de vício sanável, o qual poderia, se fosse o caso, ser corrigido por este Relator. No entanto, tal correção não se faz necessária. Isto porque, conforme leciona o parágrafo único do art. 967 do CPC, a intervenção do Ministério Público como *custus legis* na ação rescisória, apenas ocorre quando se trata das hipóteses previstas no art. 178 do mesmo diploma legal, o que não é o caso dos autos. Veja-se:

Art. 967, CPC. Têm legitimidade para propor a ação rescisória:

I - quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular;

II - o terceiro juridicamente interessado;

III - o Ministério Público:

- a) se não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção;
- b) quando a decisão rescindenda é o efeito de simulação ou de colusão das partes, a fim de fraudar a lei;
- c) em outros casos em que se imponha sua atuação;

Parágrafo único. Nas hipóteses do art. 178, o Ministério Público será intimado para intervir como fiscal da ordem jurídica quando não for parte.

Art. 178, CPC. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I - interesse público ou social;

II - interesse de incapaz;

III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.

Ora, como visto, a discussão travada na ação que originou a presente rescisória dizia respeito à reparação por danos sofridos pelo ora réu em razão do seu veículo ter sido furtado de dentro do estacionamento do supermercado. Ou seja, nessa demanda os litigantes são pessoas capazes, discutindo interesses particulares e de cunho estritamente patrimonial, individual e disponível, não se enquadrando, portanto, em nenhuma das hipóteses previstas no art. 178 do CPC acima transcrito, o que afasta por completo a necessidade de intervenção do Ministério Público.

Ante tais considerações, igualmente REJEITO a preliminar.

Mérito.

Conforme relatado, pretende a parte autora a desconstituição da sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível e Empresarial da Comarca de Belém que, nos autos da ação de indenização (proc. Nº 0042388-57.2010.8.14.0301), condenou o requerente ao pagamento de R\$10.927,00 (dez mil, novecentos e vinte e sete reais) e R\$20.000,00 (vinte mil reais), a título de danos materiais e morais, respectivamente.

Para embasar sua pretensão, defende a tese que o supracitado julgamento foi proferido por juízo absolutamente incompetente e que a publicação da sentença meritória ocorreu em nome de advogados que não possuíam poderes para atuar no feito.

Pois bem. Analisando os documentos colacionados aos autos, percebe-se que por ocasião do furto do veículo que ensejou a ação indenizatória, o ora réu ainda exercia suas atividades laborais na empresa autora, todavia, esta não disponibilizava estacionamento para seus funcionários e que esse privilégio era exclusivo da sua clientela. Infere-se, ainda, que quando da propositura da ação originária, o mesmo havia deixado de laborar para o supermercado, fato este confirmado por ambas as partes tanto na ação originária quanto na presente rescisória.

Em função dessa narrativa, num primeiro momento entendi que havia indícios de que a pretensão indenizatória poderia ter decorrido da relação de trabalho havida entre as partes no momento do furto e, por isso, concedi a tutela de urgência determinando a suspensão do cumprimento de sentença. Contudo, em análise mais acurada a respeito do tema e, especialmente pela afirmação por parte da empresa autora quanto ao não fornecimento de estacionamento para seus funcionários, mas apenas para seus clientes, tenho que a justiça estadual comum era sim competente para julgamento da ação que originou esta ação.

Digo isso porque nas situações em que veículos de empregados são furtados nas dependências da empresa, nos termos da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça que consolidou entendimento no seguinte sentido:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FURTO DE MOTOCICLETA. ESTACIONAMENTO COLOCADO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADO PELO EMPREGADOR.

Se o furto ocorre no local indicado pelo empregador para o estacionamento de veículos de seus empregados, a indenização do dano patrimonial resultante deve ser perseguida na Justiça do Trabalho. Competência do Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Criciúma, SC.

(CC 82.729/SC, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, **SEGUNDA SEÇÃO**, julgado em 27/11/2007, DJe 04/08/2008)

Tal precedente, como visto, amolda-se perfeitamente ao caso ora em apreciação, pois retrata a mesma situação experimentada pelo demandado, posto que a empresa demandada não disponibilizava estacionamento que atraísse a competência da Justiça Especializada

Dessa forma e levando em conta que, como já dito, o réu não fazia mais parte do quadro de funcionários da empresa autora no momento da propositura da ação originária e, ainda, que esta não fornecia local próprio para seus subordinados estacionarem seus veículos, percebe-se, claramente, que o ora requerido utilizou o estacionamento apenas e tão somente como mero cliente, fato que foi devidamente percebido e utilizado, pelo magistrado de piso, como fundamento para enquadrar a relação havida entre as partes como consumerista e não como empregatícia como quer fazer crer o requerente.

Assim, repito, embora o réu fosse, de fato, funcionário do supermercado, mas considerando que o estacionamento ofertado pela autora era de uso exclusivo de consumidores como confessado na preambular, o ora demandado se enquadrou nessa classificação, não tendo, no caso específico dos autos, o estacionamento servido como extensão das dependências da empresa para o empregado. E, além disso, não há notícias nos autos de que o carro era utilizado na prestação dos serviços, servindo, ao contrário, para o deslocamento casa/trabalho e vice-versa, não sendo, dessa maneira, o juízo prolator da sentença absolutamente incompetente.

No que diz respeito à alegação de nulidade absoluta da intimação da sentença em virtude de ter sido publicada em nome de advogados que não possuíam poderes para atuar no feito, igualmente entendo não merecer acolhimento.

Assim o faço porque o requerente não colacionou nenhuma prova documental nesse sentido, deixando, inclusive, de indicar em nome de quem foi disponibilizada a publicação ou se houve pedido de publicação exclusiva em nome de determinado causídico e que não teria sido atendido pelo juízo singular, o que lhe competiria, já que o ônus da prova era seu, nos termos do art. 373, I do CPC, não sendo suficientes meras alegações, desacompanhada das respectivas provas, para comprovar o vício apontado, especialmente quando suscitadas em sede de remédio extremo como a ação rescisória.

Dessa forma, como os fatos apresentados pelo requerente não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas nos incisos do art. 966 do CPC, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

1. Dispositivo.

Ante exposto e, levando em conta que a indenização pretendida da ação originária não decorreu da relação de trabalho, sendo, portanto, o juízo da 1ª Vara Cível e Empresa-

rial de Belém competente para julgar o feito, revogo a tutela de urgência anteriormente concedida e **JULGO IMPROCEDENTE** o pleito rescisório ante a não violação ao art. 966, II do CPC.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do §6º do art. 85, CPC.

Após o trânsito em julgado, determino que a quantia referente à caução prestada pelo autor quando do deferimento da tutela de urgência (ID 2364426) seja transferida para subconta vinculada ao processo originário (proc. Nº 0042388-57.2010.8.14.0301).

Por fim, na hipótese do presente voto ser acolhido, por unanimidade, pelos demais membros deste órgão de julgamento, determino a reversão da importância do depósito prévio em favor do réu, conforme determina o parágrafo único 3 do art. 974 do CPC.

É como voto.

Des. RICARDO FERREIRA NUNES
Relator

Apelação Cível

APELAÇÃO CÍVEL (198) – 0800409-89.2019.8.14.0040
APELANTE: EDSON OLIVEIRA BATISTA
APELADO: B.B.R.A. EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
RELATOR(A): Desembargador RICARDO FERREIRA NUNES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESFAZIMENTO DO CONTRATO POR CULPA DO COMPRADOR. RESCISÃO DECLARADA JUDICIALMENTE. REINTEGRAÇÃO DE POSSE CABÍVEL. CLÁUSULA PENAL. RETENÇÃO DE PARTE DOS VALORES PAGOS PELO ADQUIRENTE. POSSIBILIDADE. PERCENTUAL DENTRO DO LIMITE AUTORIZADO PELA CORTE SUPERIOR. TAXA DE FRUIÇÃO DO IMÓVEL. LEGALIDADE. ABUSIVIDADE DE JUROS E DE CORREÇÃO MONETÁRIA NÃO COMPROVADA. DIREITO DE RETENÇÃO SOBRE AS BENFEITORIAS GARANTIDO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE CONDICIONADA À RESTITUIÇÃO AO COMPRADOR DOS VALORES DEVIDOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO À UNANIMIDADE.

1. No caso concreto, há inadimplência incontroversa do comprador do imóvel, a qual resultou corretamente na declaração judicial de rescisão do contrato de compra e venda. Consequentemente, torna-se possível a reintegração de posse do terreno, visto que a partir da resolução da avença restará configurada a posse injusta do comprador. Sentença mantida.
2. A retenção aplicada pelo magistrado a título de multa compensatória e de ressarcimento por despesas tributárias, administrativas e publicitárias se encontra dentro do limite de 25% autorizado pela jurisprudência do STJ. Ademais, é devida a aplicação de taxa de fruição mensal, pois se trata de ressarcimento a ser pago pelo comprador que permaneceu na posse do bem após a mora, sendo espécie de indenização por perdas e danos a título de aluguéis. Sentença mantida.
3. Falta de comprovação da abusividade nas taxas de juros e no índice de correção monetária aplicados. Princípio do pacta sunt servanda. O percentual de juros e o índice de correção monetária foram convencionados no contrato e repactuados pelas partes nos acordos posteriores de renegociação de dívida. Sentença mantida.
4. Garantida a indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas no imóvel, implícito está o direito de retenção sobre elas. Buscando o equilíbrio processual entre as partes e a aplicação do princípio da digni-

dade da pessoa humana, foi concedido o direito de permanência na posse do imóvel até a indenização das benfeitorias e da devolução dos valores pagos pelo comprador. Sentença modificada neste capítulo para condicionar a reintegração de posse à prévia devolução dos valores devidos ao Apelante, devendo ele, entretanto, responsabilizar-se pelos encargos inerentes ao exercício dessa posse.

5. Recurso de Apelação conhecido e parcialmente provido à unanimidade.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Apelação interposta por EDSON OLIVEIRA BATISTA contra sentença que julgou procedente a Ação de Rescisão Contratual c/c Reintegração de Posse movida por B.B.R.A. MPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA devido ao inadimplemento de parcelas relativas ao Contrato de Compra e Venda de terreno residencial.

Assim, em sua exordial (ID 2477935), a empresa autora, ora Apelada, visa ao desfazimento do pacto jurídico por culpa do comprador Apelante e, conseqüentemente, à reintegração do lote de terra juntamente com o pagamento dos encargos pertinentes à quebra contratual.

O juízo de origem julgou antecipadamente a lide, reconhecendo o direito da parte autora, cuja sentença foi prolatada nos seguintes termos (ID 2477979):

ANTE O EXPOSTO, julgo procedente a demanda, nos termos do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil, para:

A) DECLARAR rescindido o contrato de promessa de compra e venda do imóvel objeto desta lide, com efeitos retroativos à citação da ré, para os efeitos legais;

B) Como consequência, REINTEGRAR a posse do imóvel à autora, confirmando a liminar concedida;

C) Determinar a RESTITUIÇÃO das parcelas pagas (excluídos eventuais juros e multa de atraso) ao compromissário comprador, em valor único (Tema 577-RR/STJ), sobre o qual deve incidir apenas a correção monetária pelo IGPM, a partir de cada desembolso, sendo incabível a aplicação de juros de mora, porquanto a rescisão contratual deu-se por seu inadimplemento, podendo o promissário vendedor reter:

C.1) o percentual de 10% (dez por cento) sobre esse valor (item C), levan-

do-se em conta as despesas realizadas pelo vendedor com publicidade, tributárias e administrativas, dentre outras; e

C.2) o percentual de 10% (dez por cento) sobre esse valor (item C) a título de multa compensatória pela rescisão;

D) CONDENAR parte a parte ré a pagar taxa de fruição mensal, no percentual de 0,25% incidente sobre o valor atualizado do contrato na data desta sentença, a partir da inadimplência até a efetiva desocupação, limitando-se, porém, a 50% (cinquenta por cento) do valor a ser restituído a título de parcelas pagas, sendo o montante o que mais se aproxima do valor de um possível aluguel;

E) A autora deverá indenizar a parte requerida das benfeitorias úteis e necessárias (ou acessões), caso comprovado nos autos sua efetiva e regular realização, a serem apuradas em liquidação de sentença, podendo compensar com os valores que terá que restituir à requerida, tudo na forma do contrato e da Lei 6.766/79.

Condeno a parte promovida ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §2º, do Código de Processo Civil. Contudo, sendo beneficiário da Justiça Gratuita, que defiro neste ato, com espeque no art. 98, caput, do CPC, fica a obrigação sob condição suspensiva de exigibilidade (art. 98, §§ 2º e 3º, Idem).

Insurgindo-se contra o decisorio, o Réu ingressou com apelação (ID 2477982), questionando a concessão da liminar de reintegração de posse, sob o argumento de que inexistia esbulho configurado uma vez que existe entre as partes relação contratual e que a inadimplência, por si só, não gera rescisão unilateral automática do contrato. Assim, alega o abuso de direito no pedido rescisório. Contudo, em caso de confirmação da rescisão e manutenção da liminar, a parte pede que a reintegração seja efetuada ao final da execução, após o ressarcimento integral dos valores a que tem direito, incluindo seu direito de retenção das benfeitorias realizadas no imóvel.

Ademais, o Recorrente aduz que não teve condições financeiras de cumprir com o negócio jurídico devido as seguintes cláusulas contratuais abusivas: juros compensatórios de 6% ao ano; correção das parcelas pelo IGP-M; “perda da entrada básica; multa compensatória em valor correspondente a 10% do valor atualizado do contrato, a título de indenização por lucros cessantes; perda de 20% do valor das parcelas pagas, a título de indenização; indenização de 0,25% a título de ocupação entre a data da assinatura do contrato até devolução da posse; cálculo de devolução de restituição total desproporcional entre

comprador e vendedor, em prejuízo do consumidor; devolução de pagamento mediante parcelamento compulsório em prejuízo do consumidor e unilateral”; além da ausência do direito de retenção. Logo, pleiteia a nulidade das referidas normas contratuais.

Não obstante, o Apelante alega desproporcionalidade na dupla condenação de 10% (dez por cento) sobre o valor a ser restituído, referentes à multa compensatória e ao ressarcimento de despesas publicitárias, tributárias e administrativas efetuadas pela empresa. Outrossim, questiona a taxa de fruição mensal aplicada pelo magistrado. Afirma que essas condenações são revestidas de caráter compensatório, ensejando a sua somatória no enriquecimento ilícito da Apelada e, contrariamente, no maior empobrecimento do Recorrente. Requer, então, o afastamento das referidas condenações.

Por fim, o Apelante defende a necessidade de que o caso seja revisto com fulcro nos princípios da função social da posse e da dignidade da pessoa humana.

A Apelada apresentou contrarrazões (ID 2477987), defendendo a manutenção da sentença, pois a empresa cumpriu com seu ônus contratual, realizando inclusive renegociações com o Recorrente, porém ele se manteve inadimplente. Afirma também que a rescisão e as parcelas condenatórias dela decorrentes estavam previstas no contrato, que faz lei entre as partes.

Quanto às benfeitorias, aduz que o negócio jurídico prevê apenas a indenização de benfeitorias úteis e necessárias, as quais não foram comprovadas nos autos pelo Autor, logo não há valor a ser indenizado neste ponto.

Ao final, a Recorrida sustenta a impossibilidade de revisão e de anulação dos termos contratuais em sede de apelação diante do princípio do pacta sunt servanda, visto que não há demonstração de fatos extraordinários ou imprevistos, nem de vícios que autorizem a revisão excepcional do pacto.

Coube-me o feito por distribuição.

À secretaria, primeiramente, para que corrija as partes processuais trocadas no sistema de processo eletrônico. Após, inclua-se o feito na próxima pauta de julgamento do plenário virtual.

É o relatório.

Belém, 01 de março de 2021.

DES. RICARDO FERREIRA NUNES
Relator

VOTO

1. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE:

O Recorrente satisfaz os pressupostos de cabimento do recurso relativos à legitimidade, regularidade de representação, tempestividade, interesse recursal e preparo (dispensado por ser beneficiário da justiça gratuita), inexistindo fato impeditivo ou extintivo ao direito de recorrer, razão pela qual passo a analisá-lo.

2. RAZÕES RECURSAIS:

2.1. Inadimplemento incontroverso do comprador. Direito da empresa vendedora de rescindir o contrato de compra e venda de imóvel. Resolução contratual operada judicialmente. Pressupostos para reintegração de posse.

Cinge-se a lide sobre rescisão de contrato de compra e venda de terreno no Residencial Cidade Jardim, localizado em Parauapebas. A empresa vendedora do imóvel, ora Apelada, ingressou em juízo com a presente ação a fim de obter a resolução do negócio por culpa exclusiva do comprador, ora Apelante, que teria deixado de pagar as prestações devidas, estando inadimplente desde 2018. Em cumulação ao pedido rescisório, a Recorrida busca a reintegração de posse do lote.

Por sua vez, o Apelante alega abuso de direito da empresa, arguindo que entre eles havia relação contratual e que a inadimplência, por si só, não geraria rescisão unilateral automática do contrato capaz de configurar a posse injusta do imóvel.

Conduto, razão não assiste ao Recorrente.

Primeiramente, a inadimplência do Apelante é fato incontroverso nos autos. Verifica-se que, entre os anos de 2016 a 2018, foram efetuados três acordos de renegociação de dívida, homologados judicialmente (ID 2477943 a ID 2477947), sendo todos descumpridos pelo comprador. Diante da reiterada inadimplência da parte, é cristalino o direito da Apelada em ver rescindida a avença, com fulcro no artigo 475 do Código Civil: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

Vale destacar que o desfazimento contratual é objeto da presente demanda, tendo sido declarado judicialmente e não de forma unilateral pela vendedora como afirma o Apelante. Logo, não há abuso de direito nos pedidos da Recorrida de rescisão do contrato juntamente com a reintegração de posse do imóvel.

Sobre o tema, dispõe a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. **AÇÃO DE 'RESCISÃO' CONTRATUAL CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO NA POSSE.**

LIMINAR. DESCABIMENTO. CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA. IRRELEVÂNCIA. CASO CONCRETO. **NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO JUDICIAL.** PRECEDENTE. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A cláusula de resolução expressa, por inadimplemento, não afasta a necessidade da manifestação judicial para verificação dos pressupostos que justificam a resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel.

II - **A ação possessória não se presta à recuperação da posse, sem que antes tenha havido a 'rescisão' (rectius, resolução) do contrato.** Destarte, inadmissível a concessão de liminar reintegratória em ação de 'rescisão' de contrato de compra e venda de imóvel.

(REsp 204.246/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2002, DJ 24/02/2003, p. 236)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA AUTORA.

1. A ação possessória não se presta à recuperação da posse, sem que antes tenha havido a rescisão/resolução do contrato. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de ser imprescindível a prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos.

(STJ - AgInt no AREsp 734869 / BA, Relator Ministro MARCO BUZZI, publicado no DJe em 19/10/2017)

Nesse sentido vem decidindo a 2ª Turma de Direito Privado deste E. Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. RESCISÃO CONTRATUAL.

AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO JUDICIAL PARA RESCINDIR A AVENÇA ENTRE AS PARTES. IMPOSSIBILIDADE DE REINTEGRAR AINDA QUE PRESENTE CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1-No presente caso, firma-se o entendimento de que **a quebra do contrato de compra e venda não decorre de forma automática do inadimplemento contratual, havendo a necessidade da declaração judicial até mesmo para que fique configurado o esbulho praticado pelo adquirente.**

2-Desse modo, não há que ser deferida liminarmente a reintegração da posse, ou mesmo designada a audiência de justificação conforme o art.

928, sem que antes se resolva a situação contratual das partes. **Caso se decida pela rescisão do contrato, possível, então, a reintegração da posse, passando-se, desse modo, ao procedimento especial cabível.**

3-Recurso conhecido e provido, para revogar a liminar possessória deferida, ante a ausência de declaração prévia acerca da rescisão contratual.

(2018.01533332-94, 189.004, Rel. MARIA DE NAZARE SAAVEDRA GUIMARAES, Órgão Julgador 2ª TURMA DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 2018-04-17, publicado em 201804-26)

Assim, havendo no caso concreto inadimplência incontroversa do Apelante, a qual resultou corretamente na declaração judicial de rescisão do contrato de compra e venda, consequentemente também se torna possível a reintegração de posse do imóvel, visto que a partir da resolução da avença restará configurada a posse injusta do comprador.

Logo, deve ser mantido hígido este capítulo do decisum apelado.

2.2 Da retenção de multa compensatória e de despesas tributárias, administrativas e publicitárias. Aplicação de taxa de fruição.

Neste ponto, o juízo de origem sentenciou nos seguintes termos:

C) Determinar a RESTITUIÇÃO das parcelas pagas (excluídos eventuais juros e multa de atraso) ao compromissário comprador, em valor único (Tema 577-RR/STJ), sobre o qual deve incidir apenas a correção monetária pelo IGPM, a partir de cada desembolso, sendo incabível a aplicação de juros de mora, porquanto a rescisão contratual deu-se por seu inadimplemento, **podendo o promissário vendedor reter:**

C.1) **o percentual de 10%** (dez por cento) sobre esse valor (item C), levando-se em conta as **despesas realizadas pelo vendedor com publicidade, tributárias e administrativas**, dentre outras; e

C.2) **o percentual de 10%** (dez por cento) sobre esse valor (item C) a título de **multa compensatória** pela rescisão;

D) **CONDENAR a parte ré a pagar taxa de fruição mensal, no percentual de 0,25%** incidente sobre o valor atualizado do contrato na data desta sentença, a partir da inadimplência até a efetiva desocupação, **limitando-se, porém, a 50% (cinquenta por cento) do valor a ser restituído a título de parcelas pagas, sendo o montante o que mais se aproxima do valor de um possível aluguel;**

Busca o Apelante o afastamento das referidas condenações, sob a alegação de que

a aplicação conjunta das mesmas e o percentual fixado são desproporcionais, caracterizando compensação cumulada que enseja no enriquecimento ilícito da Apelada. Em contrapartida, afirma que a imposição judicial agrava sua situação de pobreza, pois, além de perder o imóvel, terá elevado desconto nos valores a serem-lhe restituídos.

Entretanto, tais razões recursais não encontram respaldo na jurisprudência pátria. Eis o entendimento da Corte Superior sobre o tema:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. **AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DESFAZIMENTO DO CONTRATO POR CULPA DO PROMITENTE-COMPRADOR.** AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO TIDO POR VIOLADO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. **CLÁUSULA PENAL. RETENÇÃO DE PARTE DOS VALORES PAGOS PELO ADQUIRENTE. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO PELA FRUIÇÃO DO IMÓVEL. LEGALIDADE.** RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A ausência de particularização dos dispositivos de lei federal em tese violados pelo acórdão recorrido caracteriza deficiência de fundamentação, conforme pacífico entendimento desta Corte Superior, fazendo incidir, por analogia, o óbice da Súmula 284/STF.

2. **A Segunda Seção do STJ, ao apreciar o REsp 1.723.519/SP, da Relatoria da Ministra ISABEL GALLOTTI, estabeleceu, no tocante à cláusula penal fixada no contrato, nas hipóteses de rescisão de promessa de compra e venda de imóvel por inadimplemento do comprador, que o percentual de retenção pelo vendedor pode ser de até 25% do total da quantia paga. Precedente: EAg 1.138.183/PE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe de 04/10/2012 (AgInt no AREsp 1.568.920/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe de 25/03/2020).**

3. **Nos termos da jurisprudência desta Corte, a cobrança de valores correspondentes ao período de fruição do bem pelo comprador não é abusiva e se mostra necessária para evitar o enriquecimento ilícito da parte. Assim, “Decretada a resolução do contrato de compra e venda de imóvel, com a restituição das parcelas pagas pelo comprador, o retorno das partes ao estado anterior implica o pagamento de indenização pelo tempo em que o comprador ocupou o bem, desde a data em que a posse lhe foi transferida” (AgInt no REsp 1.216.477/RS, Rel. p/ acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 07/06/2018).**

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1378049/SE, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/2020, DJe 26/08/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO DE “RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSSE”.**

INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS EM RAZÃO DA FRUIÇÃO DO IMÓVEL APÓS OCORRIDA A INADIMPLÊNCIA. CUMULAÇÃO COM A MULTA PREVISTA EM CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. **Em se tratando de promessa de compra e venda de imóvel, a jurisprudência desta Corte afasta qualquer ilação no sentido da caracterização de bis in idem na hipótese de condenação do promissário comprador ao pagamento cumulativo da cláusula penal compensatória e da indenização por perdas e danos a título de fruição do bem.**

2. **A cláusula penal, consistente na retenção de percentual sobre o valor das prestações pagas, visa, entre outras coisas, ao ressarcimento do promitente vendedor pela utilização do imóvel durante o período em que o contrato foi cumprido (REsp 963.073/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22.03.2011, DJe 16.04.2012).**

Por outro lado, caso o promissário comprador continue na posse do bem após a mora, será devida, ao credor, indenização por perdas e danos, a título de aluguéis, o que não se confunde com a pena convencional.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1179783/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 26/04/2016)

Em casos análogos, a 2ª Turma de Direito Privado deste E. Tribunal vem assim se posicionando:

APELAÇÃO CÍVEL N.0803488-13.2018.8.14.0040 APELANTE:TATIANE RODRIGUES DE OLIVEIRA ADVOGADO:HELDER IGOR SOUSA GONÇALVES – OAB/PA 16.834-A APELADO:L.M.S.E. EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA ADVOGADO:ROSEVAL RODRIGUES DA CUNHA FILHO – OAB/PA 10.652-A COMARCA DE ORIGEM: PARAUAPEBAS/PA RELATORA: DESA. MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES EXPEDIENTE: 2ª TURMA DE DIREITO PRIVADO EMENTA APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INIBITÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADA – DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA TÉCNICA E/OU TESTEMUNHAL – MATÉRIA UNICAMENTE DE DIREITO – MÉRITO – PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE/TERRENO – INADIMPLENTO DA APELANTE – CARACTERIZAÇÃO – RESCISÃO DO CONTRATO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – DECORRÊNCIA LÓGICA DA RESILIÇÃO – RETORNO AO STATU QUO ANTE – POSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE PARTE DAS PARCELAS PAGAS POR PARTE DA RECORRIDA – INDENIZAÇÃO PELA FRUIÇÃO

– LEGALIDADE – INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS DETERMINADA PELO JUÍZO PRIMEVO.

(Rel. MARIA DE NAZARE SAAVEDRA GUIMARAES, Órgão Julgador 2ª Turma de Direito Privado, Julgado em 2020-09-08, publicado em 2020-09-16)

Portanto, considerando que a retenção aplicada pelo magistrado de 10% de multa compensatória mais 10% de ressarcimento por despesas tributárias, administrativas e publicitárias se encontra dentro do limite de 25% autorizado pela jurisprudência do STJ, está escoreita a sentença guerreada, inclusive porque referidas penalidades estão previstas na cláusula 16 do contrato de compra e venda (ID 2477942, P. 9), sendo de conhecimento do Apelante desde sua assinatura.

Por fim, no que se refere à aplicação de taxa de fruição de 0,25% sobre o valor atualizado do contrato, decido também mantê-la com fulcro na jurisprudência supracitada e no princípio do pacta sunt servanda, pois se trata de ressarcimento a ser pago pelo Apelante que permaneceu na posse do bem após a mora. Logo, a Apelada tem direito a essa espécie de indenização por perdas e danos, a título de aluguéis, que se difere das penalidades anteriormente tratadas.

Ante o exposto, a sentença também deve ser mantida neste ponto.

2.3 Das cláusulas abusivas:

Além das insurgências resolvidas acima, o Apelante aduz ainda que não teve condições financeiras de cumprir com o negócio jurídico devido as seguintes cláusulas contratuais abusivas: “juros compensatórios de 6% ao ano; correção das parcelas pelo IGP-M; devolução de pagamento mediante parcelamento compulsório em prejuízo do consumidor e unilateral”.

Em relação à forma de restituição das parcelas pagas pelo Recorrente no início do ajuste, a Súmula 543 do STJ determina que, em caso de resolução contratual por culpa do comprador, as quantias pagas anteriormente por ele deverão ser restituídas imediata e parcialmente:

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a **imediata restituição das parcelas pagas** pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, **ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.**

(Súmula 543, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015)

Ao se pronunciar sobre o assunto, o juízo a quo seguiu o entendimento sumular, declarando a abusividade da cláusula contratual que previa a devolução de forma parcelada (ID 2477979, P. 3/4):

Assim, considerando que o contrato prevê a restituição de forma parcela (sic), aplico a tese firmada em recurso repetitivo (Tema 577-RR/STJ), em homenagem ao disposto no art. 927, inciso III, do Código de Processo Civil, **para declarar a abusividade da cláusula, determinando que o saldo a ser devolvido deve ser de forma imediata em valor único.**

Portanto, inexistem motivos ao Apelante para recorrer da cláusula que trata sobre devolução de pagamento.

Quanto aos juros e correção monetária, vejo que o Recorrente se limita a arguir abusividade das respectivas normas contratuais sem sequer tecer os motivos que justificam sua tese.

Diante da alegação genérica, decido refutá-la primeiramente com base no princípio do pacta sunt servanda, pois o percentual de juros e o índice de correção monetária foram convencionados no contrato em questão (cláusula 2º - ID 2477942, P. 3), bem como repactuados nos acordos posteriores de renegociação de dívida (ID 2477943 a ID 2477947). Ademais, acompanho o seguinte fundamento do juízo de piso:

O consentimento foi livre e consciente, sendo que há muito a parte ré não honra com os pagamentos. Se a parte entende que há desequilíbrio contratual o caminho a ser trilhado é a renegociação da dívida ou repactuação do contrato e, não sendo favorável as condições, poderia, inclusive, ingressar com revisão de contrato, e não simplesmente deixar de pagar. A correção pelo IGPM e os juros de mora estão expressamente previstos no instrumento de contrato e não existe nenhuma vedação ao seu emprego, mesmo nas relações subsumidas ao Código de Defesa do Consumidor.

Não havendo comprovação de abusividade da taxa de juros e do índice de correção monetária aplicados, razão não assiste ao Apelante para ver declarada a nulidade das respectivas normas contratuais. Então, o capítulo da decisão judicial ora combate deve ser preservado.

2.4 Do direito à retenção de benfeitorias. Reintegração de posse condicionada ao ressarcimento dos valores devidos ao comprador.

O Apelante visa garantir seu direito de retenção sobre as benfeitorias úteis e necessárias que realizou no terreno (ID 2477972, P. 3 e 4), a fim de permanecer na posse do imóvel

até a indenização integral das mesmas e a devolução das parcelas inicialmente pagas em decorrência do contrato. Logo, confirmando-se a rescisão contratual e o direito à reintegração de posse, pleiteia que esta seja efetuada ao final da execução.

Vejo que o direito à indenização das benfeitorias foi claramente reconhecido em sentença:

E) A autora deverá indenizar a parte requerida das benfeitorias úteis e necessárias **(ou acessões), caso comprovado nos autos sua efetiva e regular realização, a serem apuradas em liquidação de sentença**, podendo compensar com os valores que terá que restituir à requerida, tudo na forma do contrato e da Lei 6.766/79.

Como a parte contrária não recorreu da condenação, o direito de ressarcimento da edificação levantada pelo Apelante no lote (ID 2477972, P. 3 e 4) está garantido.

Entretanto, além do direito à indenização das benfeitorias, o Recorrente pediu, desde sua contestação, que permanecesse no imóvel até o pagamento integral de toda quantia a ser-lhe devolvida pela Apelada, inexistindo manifestação expressa do juízo a quo sobre este ponto específico.

Considerando que a retenção por benfeitorias é consequência lógica da rescisão contratual [1], buscando ainda o equilíbrio processual entre as partes e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, entendo que o Apelante tem o direito de permanecer no imóvel até a restituição dos valores a que tem direito. Resta evidente nos autos a necessidade do reembolso das parcelas para que o Recorrente possa obter nova moradia diante de sua hipossuficiência financeira declarada (ID 2477971).

Amparo meu posicionamento na jurisprudência pátria:

EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE - CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA - INADIMPLEMENTO COMPRADOR - STATUS QUO ANTE - REVELIA - DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS - NECESSIDADE - ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA - VEDAÇÃO - CLÁUSULA PENAL - REDUÇÃO - CUMPRIMENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO - PREVISÃO LEGAL - LUCROS CESSANTES - CUMULAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - RESTITUIÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA - DESEMBOLSO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - DEVOLUÇÃO DOS VALORES - CONDIÇÃO - ENCARGOS DA POSSE - RESPONSABILIDADE POSSUIDOR. -

De acordo com o art. 53, do CDC, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado - No art. 413 do Código Civil há a previsão de que o juiz deve reduzir, equitativamente, a penalidade, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio Havendo cláusula penal (moratória ou compensató-

ria, a depender de cada caso) no sentido de prefixar, em patamar razoável, a indenização, não cabe a cumulação posterior com danos emergentes ou lucros cessantes, conforme inteiro teor do acórdão proferido pelo STJ no julgamento do recurso repetitivo, REsp 1631485 / DF, Tema 971 - A devolução dos valores pagos pelo inadimplente comprador, diante da rescisão do contrato, deve ser corrigida a partir de cada desembolso, nos termos do entendimento do STJ - **Pode-se condicionar a reintegração de posse da promitente vendedora à devolução dos valores devidos ao promitente comprador, a fim de se assegurar o equilíbrio entre as partes na relação processual - Enquanto o promitente comprador estiver na posse do imóvel, deve-se responsabilizar pelos encargos inerentes ao exercício dessa posse.** (TJ-MG - AC: 10433120327872001 MG, Relator: Kildare Carvalho, Data de Julgamento: 15/04/2020, Data de Publicação: 15/05/2020)

CIVIL. PROCESSO CIVIL. DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RESCISÃO CONTRATUAL C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONEXÃO ENTRE OS FEITOS. JULGAMENTO CONJUNTO. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. REJEITADA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ART. 940 DO CÓDIGO CIVIL. INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. REDUÇÃO. PERCENTUAL DE 10% DOS VALORES PAGOS. RAZOABILIDADE. RESTITUIÇÃO AO STATUS QUO ANTE. SUB-ROGAÇÃO. **REINTEGRAÇÃO DE POSSE CONDICIONADA. CABÍVEL.** HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA.

[...]. 4. Esta Corte de Justiça tem estabelecido, nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por inadimplemento do comprador, que o percentual de 10% (dez por cento) se mostra razoável e suficiente ao ressarcimento de eventuais prejuízos decorrentes da rescisão contratual. 5. Inexiste omissão ou contradição na sentença se restou consignado pelo Juízo de origem que a rescisão do contrato acarreta a restituição apenas dos valores pagos à empresa ré, ou seja, dos valores pagos pelo contratante originário e das parcelas adimplidas pelo autor. 6. **Para fins de assegurar o equilíbrio entre partes na relação processual, a expedição de mandado de reintegração de posse pode ficar vinculada à devolução das quantias pagas pelo autor.** 7. Entretanto, não pode o julgador condicionar a reintegração de posse do imóvel ao trânsito em julgado da sentença, porquanto, assim o fazendo, estaria conferindo efeito suspensivo a eventuais recursos especial e extraordinário, em flagrante usurpação da competência do STJ e STF. 8. A condenação do réu a restituir, apenas na forma simples, os valores pagos a maior não caracteriza indeferimento do pedido do autor, não havendo se falar em alteração da verba sucumbencial. 9. Com o desfazimento do negócio, não há razão para se determinar o pagamento das parcelas em aberto para, em seguida, ocorrer a restituição do valor pago. 10. Recursos conhecidos e parcialmente providos.

(TJ-DF 00098075020158070001 DF 0009807-50.2015.8.07.0001, Relator: SAN-

DOVAL OLIVEIRA, Data de Julgamento: 28/08/2019, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 09/09/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Rescisão contratual - Compra e venda de imóvel, c.c. reintegração de posse - Procedente - Recurso dos réus - Anulação do feito injustificável - Possibilidade de julgamento de questão não analisada (CPC, art. 515, § 1º) - Devolução dos valores com retenção de 20% para cobrir prejuízos - Multa de 20% que deve ser reduzida a 2%, ante a nova legislação - Imposição de pagamento das despesas condominiais, de IPTU e consumo de luz e água, desde que comprovadas - **Reintegração de posse que está condicionada à restituição dos valores - Provimento parcial.**

(TJ-SP - AC: 4869544300 SP, Relator: Fábio Quadros, Data de Julgamento: 12/02/2009, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/03/2009)

Nesse sentido, decido alterar a sentença recorrida somente para acrescentar que a reintegração de posse concedida pelo juízo a quo está condicionada à restituição prévia de todos os valores devidos ao Apelante, apurados em liquidação de sentença.

Ressalto, entretanto, que este direito de permanência no imóvel não afasta a condenação do Apelante ao pagamento de aluguéis (taxa de fruição mensal) até a data da efetiva desocupação do terreno, conforme entendimento recente do STJ no Recurso Especial nº 1843514 - PR (2019/0310499-8):

DECISÃO

[...]

Nesse ponto diverge do entendimento desta Corte, **a qual entende ser legítimo o exercício do direito de retenção de imóvel até que ocorra a real indenização por benfeitorias realizadas nele, o qual, entretanto, não afasta o dever da parte ocupante pagar pelo uso, para não incorrer em enriquecimento sem causa.**

A propósito:

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. COMPRA E VENDA. IMÓVEL. RESCISÃO CONTRATUAL. RETORNO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. PARCELAS PAGAS. DEVOLUÇÃO. RECONVENÇÃO. TAXA DE OCUPAÇÃO. ALUGUÉIS. CABIMENTO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. VEDAÇÃO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Trata-se de ação que busca o desfazimento de negócio jurídico de compra e venda de imóvel com a devolução dos valores pagos e a condenação por danos materiais e morais e de pedido reconvenção que pretende a dedução do valor correspondente à taxa de ocupação do imóvel pelo período em que as autoras nele permaneceram.
3. As questões controvertidas no presente recurso especial podem ser

assim resumidas: (i) se é devida a condenação ao pagamento de taxa de ocupação (aluguéis) pelo período em que as autoras permaneceram na posse do bem imóvel no caso de rescisão do contrato de promessa de compra e venda com o retorno das partes ao estado anterior; (ii) se o acórdão recorrido padece de vício por deficiência de fundamentação e (iii) se ficou caracterizada hipótese de sucumbência recíproca quanto ao pedido reconvenção.

4. Segundo a jurisprudência desta Corte, a utilização do imóvel objeto do contrato de promessa de compra e venda enseja o pagamento de aluguéis pelo tempo de permanência, mesmo que o contrato tenha sido rescindido por inadimplemento da vendedora, ou seja, independentemente de quem tenha sido o causador do desfazimento do negócio, sob pena de enriquecimento sem causa.

5. O pagamento de aluguéis não envolve discussão acerca da licitude ou ilicitude da conduta do ocupante. O ressarcimento é devido por força da determinação legal segundo a qual a ninguém é dado enriquecer sem causa à custa de outrem, usufruindo de bem alheio sem contraprestação.

6. Não viola os artigos 131, segunda parte, 165 e 458, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 o acórdão que adota, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelos recorrentes, para decidir de modo claro a controvérsia posta.

7. O acolhimento de pedido alternativo formulado em reconvenção caracteriza hipótese de sucumbência total das autoras/reconvindas quanto ao pedido reconvenção.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1.613.613/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 18/06/2018)

DIREITO CIVIL. DIREITO DE PROPRIEDADE. POSSE DE BOA-FÉ. DIREITO DE RETENÇÃO QUE SE TORNAR IRREGULAR COM O USO DA COISA. DEVER DO RETENTOR DE INDENIZAR O PROPRIETÁRIO COMO SE ALUGUEL HOUVESSE.

- O direito de retenção assegurado ao possuidor de boa-fé não é absoluto. Pode ele ser limitado pelos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa e da boa-fé objetiva, de forma que a retenção não se estenda por prazo indeterminado e interminável.

- O possuidor de boa-fé tem o direito de detenção sobre a coisa, não sendo obrigado a devolvê-la até que seu crédito seja satisfeito, mas não pode se utilizar dela ou perceber seus frutos. Reter uma coisa, não equivale a servir-se dela. O uso da coisa retida constitui abuso, gerando o dever de indenizar os prejuízos como se aluguel houvesse. - Afigura-se justo que o proprietário deva pagar pelas acessões introduzidas, de boa-fé, no terreno e que, por outro lado, os possuidores sejam obrigados a pagar um valor, a ser arbitrado, a título de aluguel, pelo uso do imóvel. Os créditos recípro-

cos haverão de ser compensados de forma que o direito de retenção será exercido no limite do proveito que os retentores tenham da propriedade alheia.

Recurso Especial provido.

(REsp 613.387/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 10/12/2008)

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. SINAL. VALOR DADO A TÍTULO DE ARRAS CONFIRMATÓRIAS E INÍCIO DE PAGAMENTO. RETENÇÃO. REDUÇÃO EQUITATIVA. INADIMPLENTO DO PROMISSÁRIO COMPRADOR. PAGAMENTO DE ALUGUEL PELO USO DO IMÓVEL. DESNECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO. CONJECTÁRIO LÓGICO DO RETORNO AO ESTADO ANTERIOR. PRECEDENTES.

1. Nos termos do Enunciado nº 165, da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, a previsão de redução equitativa, contida no artigo 413, do Código Civil, também se aplica ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais.

2. O direito de recebimento de indenização a título de aluguel do promissário comprador que, mesmo dando causa à rescisão, permanece na posse do imóvel, decorre da privação do promitente vendedor do uso do imóvel, à luz do disposto nos artigos 402, que trata das perdas e danos, 419, que trata da indenização suplementar às arras confirmatórias, além dos artigos 884 e 885, que versam sobre o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, todos do Código Civil.

3. Nesse contexto, o encargo locatício mostra-se devido durante todo o período de ocupação, ainda que não haja pedido expresso na petição inicial, visto que é consectário lógico do retorno ao status quo ante pretendido com a ação de rescisão de promessa de compra e venda, sob pena de premiar os inadimplentes com moradia graciosa e estimular a protelação do final do processo.

4. Agravo interno provido para dar provimento ao recurso especial.

(AgInt no REsp 1167766/ES, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 01/02/2018)

3. Nesse contexto, cabe restabelecer a sentença no ponto em que condenou os requeridos ao pagamento de aluguéis mensais pela utilização do imóvel, desde a imissão na posse até a efetiva desocupação, cujos valores deverão ser apurados na fase de liquidação de sentença.

4. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para condenar os requeridos ao pagamento de aluguéis mensais pela utilização do imóvel, desde a imissão na posse até a efetiva desocupação.

Restabeleço a sentença no tocante à fixação e distribuição dos ônus sucumbenciais.

Intimem-se. Publique-se.

(Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 03/08/2020)

Portanto, modifico a sentença neste capítulo para garantir o direito do Apelante em permanecer na posse do imóvel enquanto não for ressarcido pela Apelada, devendo, entretanto, responsabilizar-se pelos encargos inerentes ao exercício dessa posse.

3. PARTE DISPOSITIVA:

Ante o exposto, conheço o Recurso de Apelação e dou-lhe PARCIAL PROVIMENTO somente para condicionar a reintegração de posse do imóvel à prévia restituição pela Apelada dos valores devidos ao Apelante, cuja quantia será apurada em fase de liquidação de sentença.

Mantenho o decisum apelado em todos os seus demais termos.

É o voto.

Belém, 06 de abril de 2021.

DES. RICARDO FERREIRA NUNES

Relator

[1] APELAÇÃO CÍVEL **CONTRATO DE COMPRA E VENDA RESCISÃO RETORNO AO STATUS QUO ANTE**. APELAÇÃO CÍVEL 1 ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO EM MORA INOCORRÊNCIA DIA FIXADO EM CONTRATO INSURGÊNCIA CONTRA A INDENIZAÇÃO ADEQUADA E PERTINENTE NATUREZA DISTINTA DA CLÁUSULA PENAL ALUGUERES QUANTUM BEM FIXADO ELEMENTOS SUFICIENTES PARA TANTO DESNECESSIDADE DE POSTERGAÇÃO PARA A LIQUIDADAÇÃO DA SENTENÇA TERMO INICIAL IMISSÃO NA POSSE TERMO INCORRETO CONSTITUIÇÃO EM MORA REFORMA DA SENTENÇA NESTE TÓPICO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO CÍVEL

2INSURGÊNCIA CONTRA A RETENÇÃO POR BENFEITORIAS ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE RECONVENÇÃO PEDIDO INFUNDADO RETENÇÃO POR BENFEITORIAS É PEDIDO IMPLÍCITO NECESSIDADE DE RETORNO AO STATUS QUO ANTE EQUIDADE CONTRATUAL RECURSO DESPROVIDO. apelação cível nº 833.195-1, nos quais figuram como autores BAM INCORPORAÇÕES LTDA, LGSR EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA e MILIOTES EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA e réu PAULO VENÂNCIO DA SILVA. (TJPR - 7ª Cível - AC - 833195-1 - São

José dos Pinhais - Rel.: Desembargador Luiz Antônio Barry - Unânime - J. 14.02.2012)
(TJ-PR - APL: 8331951 PR 833195-1 (Acórdão), Relator: Desembargador Luiz Antônio Barry, Data de Julgamento: 14/02/2012, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 835 02/04/2012)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0724704-83.2016.814.0301
APELANTE: UNIMED BELÉM COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
APELADA: VERA DE MELO DOS SANTOS COUTO
EXPEDIENTE: 2ª TURMA DE DIREITO PRIVADO
RELATORA: DES.ª MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES

EMENTA: APELAÇÃO EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM CONSIGNAÇÃO DOS DÉBITOS EM ATRASO: PRELIMINAR: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE - REJEITADA - PRELIMINAR: VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO - REJEITADA – MÉRITO: RESTABELECIMENTO DE PLANO DE SAÚDE - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INADIMPLEMENTO POR MAIS DE 60 (SESSENTA) DIAS DE UMA DAS MENSALIDADES – ACEITAÇÃO DO PAGAMENTO DE PARCELAS SUBSEQUENTES – RENÚNCIA TÁCITA AO DIREITO DE RESCISÃO – IMPOSSIBILIDADE DE VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO

1. Apelação em Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Consignação dos Débitos em atraso:
2. **PRELIMINAR: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE - REJEITADA**
3. Não se verifica ofensa ao Princípio da Dialeticidade, o qual informa acerca da necessidade de indicação das razões de fato e de direito pelas quais sustenta o recorrente deva ser anulada ou reformada a decisão hostilizada, por força do art. 1010, II e III do Código de Processo Civil, uma vez que a matéria versada no presente recurso cinge-se à obrigação de fazer consubstanciada no reestabelecimento da prestação de serviço de plano de saúde.
4. **PRELIMINAR: VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO - REJEITADA.**
5. A apelada, à época do ajuizamento da ação, fora diagnosticada com “síndrome demencial de caráter progressivo e irreversível, apresentando comprometimento funcional e autonomia, com prejuízo das atividades habituais da vida civil. CID G.30” (Doença de Alziheimer) (Laudo Médico ID 3440932), tendo o seu plano sido rescindido unilateralmente em julho/2016 por ausência de pagamento da mensalidade de abril/2016
6. O eventual acolhimento da preliminar ora suscitada induz negativa de vigência aos arts. 70 e 71 do Código de Processo Civil e ao art. 84, §1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).
7. Laudo Médico, datado de 18/11/2016 (ID 3440932), que, certamente, não serve para comprovar sua incapacidade, tendo em vista que a curatela é medida extraordinária, conforme o disposto no art. 85 da Lei nº 13.146/2015, sendo, assim, imprescindível a comprovação de que a parte efetivamente não possui grau de discernimento suficiente para gerir os atos da vida civil e que a medida é necessária para garantir seus interesses.

8. O fato de a doença ter sido constatada não induz de pronto a sua incapacidade, salientando que, nos presentes autos, a recorrida encontra-se representada por advogado constituído nos autos em todos os atos processuais. Necessidade de declaração da incapacidade em via própria.
9. **DO MÉRITO**
10. Cinge-se a controvérsia recursal à reforma da sentença que determinou o restabelecimento do plano de saúde da recorrida.
11. A questão principal versa acerca do pedido de restabelecimento do plano de saúde da recorrida, o qual fora firmado em 17/01/2001 (ID 3440938) e cancelado por falta de pagamento em julho de 2016, à vista do inadimplemento da mensalidade do mês de abril/2016.
12. As operadoras de planos de saúde e seguros de saúde, ao prestarem o serviço objeto da contratação mediante remuneração, classificam-se no conceito de fornecedor, previsto no artigo 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, conforme dispõe o art. 35-G da Lei 9.656/1998, sendo este entendimento consignado pela orientação da Súmula 469 do STJ.
13. Na hipótese dos autos, restou demonstrada a inadimplência por mais de 60 (sessenta) dias da mensalidade referente ao mês de abril/2016, tendo sido pagos os meses de Maio, Junho, Agosto e Setembro, todos do ano de 2016 (ID 3440932, 3440938 e 3440942) e consignados os meses de abril, julho, outubro e novembro/2016 (ID 3440934), o que se consubstancia, conforme a jurisprudência, em renúncia ao direito de rescisão, à vista do Princípio *Ne Venire contra Factum Proprium*, que veda o comportamento contraditório.
14. O endereço residencial da recorrida fixa-se, conforme o ID 3440932, na Alameda do Carmo, nº 34, altos, tendo sido a Notificação recebida por “Alinne Pereira”, pessoa desconhecida da parte (ID 3440938), o que desconfigura a notificação pessoal a que alude a jurisprudência, mormente por tratar-se, *in casu*, de pessoa idosa.
15. Manutenção do contrato nos moldes originariamente contratados, sob pena de ofensa ao previsto no art. 422 do Código Civil, art. 4º, inciso III, e art. 51, ambos do Código de Defesa do Consumidor.
16. Recurso conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **APELAÇÃO**, tendo como apelante **UNIMED BELÉM COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO** e apelada **VERA DE MELO DOS SANTOS COUTO**.

Acordam Excelentíssimos Senhores Desembargadores, membros da 2ª Turma de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em turma, à unanimidade, em **CONHECER DO RECURSO** e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos do voto da Excelentíssima Desembargadora-Relatora Maria de Nazaré Saavedra Guimarães.

Belém, 23 de março de 2021.

MARIA DE **NAZARÉ SAAVEDRA** GUIMARÃES
Desembargadora – Relatora

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de recurso de **APELAÇÃO** interposto por **UNIMED BELÉM COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO** inconformada com a sentença proferida pelo MM. Juízo da Vara da 6ª Vara Cível e Empresarial da Comarca de Belém que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Consignação dos Débitos em atraso ajuizada contra si por **VERA DE MELO DOS SANTOS COUTO**, ora apelada, julgou procedente a pretensão esposada na inicial.

A ora apelada ajuizou a ação acima mencionada, afirmando ser beneficiária do plano de saúde oferecido pela requerida desde 2001 com pagamento regular das mensalidades, tendo, entretanto, sido acometida, a partir do ano de 2016, da doença de Alzheimer, a qual, aliada à ausência de remessa dos boletos à sua residência, levou ao lapso no pagamento por alguns meses.

Acrescentou que uma de suas filhas dirigiu-se à sede administrativa da Cooperativa, sendo informada que o plano estaria cancelado por inadimplemento em Julho/2016, ainda que os boletos referentes aos meses de Agosto e Setembro/2016 constassem como pagos, requerendo a purgação da mora e a consignação dos valores em aberto.

Considerando presentes os requisitos, o MM. Juízo *ad quo* determinou: 1. o restabelecimento do Plano de Saúde, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, independentemente de consignação; 2. Autorização para a consignação em juízo da quantia de R\$ 6.715,04 (seis mil, setecentos e quinze reais e quatro centavos) a ser depositada no prazo de 05 (cinco) dias úteis; 3. Autorizar a consignação em Juízo das mensalidades a vencer, no prazo de 05 (cinco) dias úteis a contar da data do vencimento (ID 3440934).

O feito seguiu em tramitação até a prolatação da sentença (ID 3440943) que julgou procedente a pretensão esposada na inicial, ratificando os termos da tutela provisória, no sentido de: 1. Restabelecer o contrato de prestação de plano de saúde, nos termos do art. 1, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/1998; 2. Determinar a expedição de Alvará Judicial em favor da requerida, para levantamento do valor depositado em juízo, assim como eventuais rendimentos, observado o prazo do Provimento nº 68/2018 da Corregedoria Nacional de Justiça; 3. Ressalvar que, realizada a compensação e havendo débito remanescente, que a autora fosse informada para realizar quitação.

Consta ainda do *decisum*, a condenação da requerida ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

A UNIMED apresentou Embargos de Declaração (ID 3440945), que, após contrarrazões (ID 3440948), foram conhecidos e parcialmente providos para julgar improcedente o pedido de aplicação de multa à autora decorrente de sua falta injustificada à audiência (ID 3440949).

Inconformada, a Unimed Belém Cooperativa de Trabalho Médico interpôs recurso de Apelação (ID 3440950).

Preliminarmente, suscita nulidade decorrente de vício de constituição e validade do processo por vício na representação da autora, porquanto relativamente incapaz, reque-rendo a extinção do feito sem resolução do mérito.

No mérito, suscita error in procedendo, afirmando que a rescisão unilateral contratual por inadimplemento por mais de 60 (sessenta) dias observou o que dispõe o art. 13, II, da Lei nº 9.656/1998, com a ressalva de que a requerente confessa a existência do débito.

Acrescenta que a autora fora comunicada previamente do inadimplemento e possível rescisão, refutando qualquer ilicitude em suas ações.

Afirma que, tanto a Lei, quanto a Jurisprudência, determinam que não haverá notifi-cação pessoal em casos análogos, salientando, não obstante, ser a autora portadora de síndrome demencial, que enviou notificação via postal entregue no endereço desta, con-soante Súmula Normativa 28/2015.

Em contrarrazões (ID 3440952), a autora suscita preliminar de violação ao Princípio da Dialeticidade, e, no mérito, pugna pelo seu improvimento.

Na petição ID 3440956, a autora informou que a requerida deixou de prestar-lhe aten-dimento, sob a alegação de que o Plano de Saúde estaria cancelado, requerendo tutela de urgência para o restabelecimento do serviço, tendo desistido do pedido, face a regulariza-ção da prestação via Serviço de Atendimento ao Cliente, conforme o ID 3440957.

A UNIMED requereu a expedição de Alvará dos valores depositados (ID 3440959), a qual foi deferida, conforme a Decisão ID 3440960.

O feito foi digitalizado, conforme a Certidão ID 3440965.

Distribuído, coube relatoria à Desembargadora Edinea Oliveira Tavares que susci-tou prevenção desta Relatora decorrente do julgamento do Agravo de Instrumento nº 0001365-35.2017.814.0000 (ID 3742826).

Considerando a matéria versada, determinei a intimação das partes para que se ma-nifestassem acerca da possibilidade de acordo (ID 3776681), oportunidade em que a auto-ra apresentou proposta (ID 3846324), a qual foi rejeitada pela ré (ID 3935798).

No ID 4039528, determinei a tramitação prioritária do feito, bem como a manifestação da apelante acerca da questão contrarrecursal e a remessa dos autos à Procuradoria de Justiça.

Na Petição ID 4210587, a apelante impugna os termos das contrarrazões.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e provi-mento do recurso com a declaração de nulidade da sentença, nos termos do art. 76, §1º do Código de Processo Civil ou, eventualmente, que a autora seja periciada acerca de sua capacidade para gerir bens.

É o relatório, que apresento para inclusão do feito em Pauta para julgamento, nos termos do art. 12 do Código de Processo Civil.

VOTO

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo a proferir voto.

DIREITO INTERTEMPORAL

Ressalvo que a apreciação do feito se dá nos termos do art. 14 do Código de Processo Civil/2015, face a observância das regras de Direito Intertemporal e, assim, são analisados os atos processuais à luz da Legislação Processual Civil vigente à época de sua prática, com a ressalva de ter a sentença atacada sido prolatada já na vigência da atual legislação processual (14/05/2018).

PREÂMBULO

Considerando a arguição de questões preliminares tanto na Apelação, quanto nas contrarrazões, passo às suas respectivas análises, com prevalência à arguição contrarre-cursal, porquanto inerente à requisito de admissibilidade recursal.

PRELIMINAR: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE

Aduz a recorrida que o recurso não comporta conhecimento por atacar somente um dos fundamentos da sentença.

Analizado os autos, em que pese a argumentação amealhada pela recorrida, não se verifica ofensa ao Princípio da Dialeticidade, o qual informa acerca da necessidade de in-dicação das razões de fato e de direito pelas quais sustenta o recorrente deva ser anulada ou reformada a decisão hostilizada, por força do art. 1010, II e III do Código de Processo Civil, uma vez que a matéria versada no presente recurso cinge-se à obrigação de fazer consubstanciada no reestabelecimento da prestação de serviço de plano de saúde.

Nesse sentido, insta esclarecer que não se pode exigir do recorrente a dissociação completa das razões expostas na contestação no ato de ataque à sentença que lhe fora desfavorável, porquanto encontra sustentáculo naquela peça e nas demais peças proces-suais, tendo, outrossim, logrado êxito em demonstrar as razões de sua irresignação e de seu pedido de reforma e de nulidade.

Corroborando o entendimento esposado, vejamos os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS. PRELIMINAR. VIOLAÇÃO AO **PRINCÍPIO DA DIA-LETICIDADE**. REJEIÇÃO. MÉRITO. MAJORAÇÃO DOS ALIMENTOS. INÉRCIA DO ALIMENTANTE. 1. Não há se falar, no presente caso, em **violação ao princí-pio** da dialeticidade. O apelo trouxe, de forma clara e expressa, as razões

de inconformidade do apelante com a sentença. Preliminar rejeitada. 2. Caso em que as cinco demandantes litigam contra o genitor, postulando a prestação de alimentos. A sentença fixou a pensão alimentícia em 30% do salário mínimo da época, valor equivalente a R\$ 264,00. Pedido de majoração. 3. Ante a total inércia do demandado em relação ao ônus probatório, não refoge à razoabilidade a majoração dos alimentos para 56% do salário mínimo em favor da prole. REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70070812888, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 09/03/2017)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE RÉ. Preliminar contrarrecursal. Não verificada **violação ao princípio da dialeticidade** recursal. Razões de apelação que permitem o exame do mérito. Rejeição. Mérito. Para a procedência da ação reivindicatória é imprescindível que o autor comprove a propriedade sobre o imóvel, demonstre a posse injusta exercida pelo réu e faça a individualização do bem. Requisitos atendidos. Exceção de usucapião em defesa rejeitada à luz do acervo probatório colhido na anterior ação de reintegração de posse entre as partes e a prova produzida nesta demanda. Hipótese em que as razões recursais não ensejam juízo de reforma. Consequente manutenção da sentença. Honorários majorados na forma do art. 85, §1º, CPC. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL REJEITADA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70070135975, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 15/12/2016)

Desta feita, considerando a demonstração pela recorrente acerca das razões de sua irresignação com a sentença, o recurso deve ser conhecido.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **REJEITO A PRELIMINAR.**

PRELIMINAR: VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO

Suscita a apelante nulidade decorrente de vício de constituição e validade do processo por vício na representação da autora, porquanto relativamente incapaz, requerendo a extinção do feito sem resolução do mérito.

Analisado os autos, verifico que a questão principal gravita em torno do restabelecimento do plano de saúde da recorrida por inadimplemento da mensalidade do mês de abril/2016.

Nesse sentido, verifico que a apelada, à época do ajuizamento da ação, fora diagnosticada com “síndrome demencial de caráter progressivo e irreversível, apresentando comprometimento funcional e autonomia, com prejuízo das atividades habituais da vida

civil. CID G.30” (Doença de Alzheimer) (Laudo Médico ID 3440932), tendo o seu plano sido rescindido unilateralmente em julho/2016 por ausência de pagamento da mensalidade de abril/2016

Ocorre que o eventual acolhimento da preliminar ora suscitada induz negativa de vigência aos arts. 70 e 71 do Código de Processo Civil e ao art. 84, §1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), *in verbis*:

CPC/2015

Art. 70. Toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo.

Art. 71. O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei.

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI N.º 13.146/2015)

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

Como se vê, um dos pontos altos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, é a autonomia da pessoa, considerando a existência de vários graus de capacidade de discernimento e cada caso precisa ser tratado como único.

Cumprido salientar que a curatela passou a se restringir aos atos negociais e patrimoniais, sendo que caberá ao Juiz, ao conceder a medida, indicar seus limites, os quais só poderão ser apreciados diante da exata aferição da incapacidade por meio de perícia médica.

Ocorre que a recorrida juntou aos autos um laudo médico, datado de 18/11/2016 (ID 3440932), o qual, certamente, não serve para comprovar sua incapacidade, tendo em vista que a curatela é medida extraordinária, conforme o disposto no art. 85 da Lei nº 13.146/2015, sendo, assim, imprescindível a comprovação de que a parte efetivamente não possui grau de discernimento suficiente para gerir os atos da vida civil e que a medida é necessária para garantir seus interesses.

Ressalte-se que o fato de a doença ter sido constatada não induz de pronto a sua incapacidade, salientando que, nos presentes autos, a recorrida encontra-se representada por advogado constituído nos autos em todos os atos processuais.

Com efeito, somente após ser declarada a incapacidade, por sentença proferida em ação específica, é que poderá eventualmente ser questionada qualquer nulidade, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. CITAÇÃO EM NOME DE INCAPAZ. INCAPACIDADE DECLARADA POSTERIORMENTE. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. INTERVENÇÃO DO MP. NULIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. LEI N. 13.146/2015. DISSOCIAÇÃO ENTRE TRANSTORNO MENTAL E INCAPACIDADE. 1. A sentença de interdição tem natureza constitutiva, caracterizada pelo fato de que ela não cria a incapacidade, mas sim, situação jurídica nova para o incapaz, diferente daquela em que, até então, se encontrava. 2. Segundo o entendimento desta Corte Superior, a sentença de interdição, salvo pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, opera efeitos ex nunc. Precedentes. 3. Quando já existente a incapacidade, os atos praticados anteriormente à sentença constitutiva de interdição até poderão ser reconhecidos nulos, porém não como efeito automático da sentença, devendo, para tanto, ser proposta ação específica de anulação do ato jurídico, com demonstração de que a incapacidade já existia ao tempo de sua realização do ato a ser anulado. 4. A intervenção do Ministério Público, nos processos que envolvam interesse de incapaz, se motiva e, ao mesmo tempo, se justifica na possibilidade de desequilíbrio da relação jurídica e no eventual comprometimento do contraditório em função da existência da parte vulnerável. 5. A ausência da intimação do Ministério Público, quando necessária sua intervenção, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, sendo necessária a demonstração do efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio pas de nullité sans grief. 6. Na espécie, é fato que, no instante do ajuizamento da ação de rescisão contratual, não havia sido decretada a interdição, não havendo se falar, naquele momento, em interesse de incapaz e obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público. 7. Ademais, é certo que, apesar de não ter havido intimação do Parquet, este veio aos autos, após denúncia de irregularidades, feito por terceira pessoa, cumprindo verdadeiramente seu mister, com efetiva participação, consubstanciada nas inúmeras manifestações apresentadas. 8. Nos termos do novel Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146 de 2015, pessoa com deficiência é a que possui impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial (art. 2º), não devendo ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (conforme os arts. 6º e 84). 9. A partir do novo regramento, observa-se uma dissociação necessária e absoluta entre o transtorno mental e o reconhecimento da incapacidade, ou seja, a definição automática de que a pessoa portadora de debilidade mental, de qualquer natureza, implicaria na constatação da limitação de sua capacidade civil deixou de existir. 10. Recurso especial a que se nega provimento (STJ, RESP 1694984/MS – Min. Luis Felipe Salomão

– j. 14/11/2017) (Grifos nossos)

Ademais, consoante consulta nos sistemas PJE e LIBRA não se afere registro da curatela da recorrida, o que demonstra a inocorrência de interdição desta para os atos da vida civil, o que afasta a preliminar ora sub judice, conforme os seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – DECISÃO QUE REJEITOU A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, ONDE FOI ARGUIDA A NULIDADE DO PROCESSO POR INCAPACIDADE CIVIL DO EXECUTADO, DECORRENTE DE ALZHEIMER – AUSÊNCIA DE PERÍCIA MÉDICA – NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA, POR MEIO DA CURATELA, EM AÇÃO PRÓPRIA – INÉRCIA DA PARTE EM REGULARIZAR A SITUAÇÃO – AUSÊNCIA DE NULIDADE, ANTE A EVIDENTE REPRESENTAÇÃO POR ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 4ª C. Cível - 0043688-30.2019.8.16.0000 - Ibaiti - Rel.: Desembargadora Regina Afonso Portes - J. 17.03.2020) (TJ-PR - AI: 00436883020198160000 PR 0043688-30.2019.8.16.0000 (Acórdão), Relator: Desembargadora Regina Afonso Portes, Data de Julgamento: 17/03/2020, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/03/2020)

DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DE JURISDIÇÃO. SERVIÇO REGISTRAL. PROCEDIMENTO DE DÚVIDA. REQUERIMENTO DE LAVRATURA DE PROCURAÇÃO POR INSTRUMENTO PÚBLICO VISANDO O RECEBIMENTO DE BENEFÍCIOS. REQUERENTE IDOSA E PORTADORA DA DOENÇA DE ALZHEIMER. INCERTEZA SOBRE SUA CAPACIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE LAUDO MÉDICO ACERCA DO ESTÁGIO DA DOENÇA. VIA ADMINISTRATIVA QUE NÃO COMPORTA MAIOR DILAÇÃO PROBATÓRIA. SENTENÇA QUE SE MANTÉM EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

(TJ-RJ - Processos relativos a decisões proferidas pelos juizes de Registro Público: 00003379420148190033, Relator: SUELY LOPES MAGALHÃES, Data de Julgamento: 01/09/2016, CONSELHO DA MAGISTRATURA, Data de Publicação: 05/09/2016) (Grifos nossos)

Assim, peço vênia à Procuradoria de Justiça que pugna pelo acolhimento da preliminar ou pela realização de perícia médica, uma vez que firmo entendimento de que as peculiaridades do caso concreto impõem análise diversa, considerando que a eventual nulidade do decisum tão somente revelaria prorrogção desnecessária da demanda, bem como que o negócio jurídico aqui discutido não se realizou em desfavor da pessoa com alegada incapacidade, merecendo, pois, a análise do mérito da demanda.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **REJEITO A PRELIMINAR.**

DO MÉRITO

Vencidas as questões preliminares, atendo-me ao mérito.

Cinge-se a controvérsia recursal à reforma da sentença que determinou o restabelecimento do plano de saúde da recorrida.

Feitas essas considerações iniciais, aprofundo-me na análise das questões recursais:

A questão principal versa acerca do pedido de restabelecimento do plano de saúde da recorrida, o qual fora firmado em 17/01/2001 (ID 3440938) e cancelado por falta de pagamento em julho de 2016, à vista do inadimplemento da mensalidade do mês de abril/2016.

Dispõe o art. 13, II da Lei n.º 9.565/1998, *in verbis*:

Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:

(...)

II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência.

Como é cediço, as operadoras de planos de saúde e seguros de saúde, ao prestarem o serviço objeto da contratação mediante remuneração,

classificam-se no conceito de fornecedor, previsto no artigo 3º,

§2º, do Código de Defesa do Consumidor, conforme dispõe o art. 35-G da

Lei 9.656/1998, sendo este entendimento consignado pela orientação da Súmula 469 do STJ:

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Na hipótese dos autos, restou demonstrada a inadimplência por mais de 60 (sessenta) dias da mensalidade referente ao mês de abril/2016, tendo sido pagos os meses de Maio, Junho, Agosto e Setembro, todos do ano de 2016 (ID 3440932, 3440938 e 3440942) e consignados os meses de abril, julho, outubro e novembro/2016 (ID 3440934), o que se consubstancia, conforme a jurisprudência, em renúncia ao direito de rescisão, à vista do Princípio *Ne Venire contra Factum Proprium*, que veda o comportamento contraditório, com a ressalva de que a antecipação de tutela fora deferida tão somente em 19/12/2016, senão vejamos:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.598.402 - MG (2019/0301908-0) RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE DO STJ AGRAVANTE : UNIMED UBERABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO LTDA ADVOGADOS : LEONARDO ARANTES FERREIRA NEVES - MG065578 PATRÍCIA APARECIDA DA SILVA EURIPEDES - MG097956 GABRIELA LIMA E SILVA - MG176662 AGRAVADO : BRUNA MACHADO SILVA ADVOGADOS : JARBAS DE FREITAS PEIXOTO - MG044063 WANDERSON DE FREITAS PEIXOTO - MG060373 DECISÃO Trata-se de agravo apresentado por UNIMED UBERABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO LTDA contra a decisão que não admitiu seu recurso especial. O apelo nobre, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da CF/88, visa reformar acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, assim resumido: APELAÇÃO CÍVEL - CANCELAMENTO DE PLANO DE SAÚDE - INADIMPLÊNCIA - NOTIFICAÇÃO - ENVIO DE BOLETOS SUBSEQUENTES - RESCISÃO INDEVIDA DO CONTRATO - INADIMPLÊNCIA SUPERVENIENTE À PROPOSTURA DA AÇÃO - NÃO APRECIACÃO. 1. O envio dos boletos de mensalidade dos meses subsequentes à inadimplência, aliado à quitação das mensalidades posteriores pela autora, caracteriza atitude contraditória e afasta a legitimidade do cancelamento do plano de saúde. 2. O pedido inicial se fundamenta em parcela vencida em data anterior ao ajuizamento da ação, sendo certo que eventual inadimplemento posterior extrapola os limites da lide e não deve ser objeto de análise na presente demanda. Quanto à controvérsia, pela alínea “a” do permissivo constitucional, alega violação do art. 13, II, da Lei 9.656/98, trazendo o(s) seguinte(s) argumento(s): Trata-se de ação em que a beneficiária, ora recorrida, ficou inadimplente com seu plano de saúde, foi notificada nos termos da Lei 9.656/98 e mesmo tendo recebido a notificação, não efetuou o pagamento de seu plano de saúde a tempo de evitar a rescisão do contrato. [...]. EM MOMENTO ALGUMA LEGISLAÇÃO PROIBE A OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE DE RECEBER PELO SERVIÇO PRESTADO DURANTE OS SESSENTA DIAS QUE O PLANO ESTEVE ATIVO, MAS O CONSUMIDOR NÃO EFETUOU O PAGAMENTO. [...]. AS MENSALIDADES NÃO FORAM GERADAS APÓS O DESLIGAMENTO DO CONTRATO, SOMENTE O PAGAMENTO QUE OCORREU APÓS O DESLIGAMENTO DESTES CONTRATO EXATAMENTE PORQUE FOI PAGAMENTO COM ATRASO. (fls. 238/242). É o relatório. Decido. Na espécie, o Tribunal de origem se manifestou nos seguintes termos: Extrai-se dos autos que Bruna Machado Silva é beneficiária do plano de saúde fornecido pela Unimed Uberaba - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., nº 7643.3675, desde 24 de março de 2009 (cf. f. 42). Todavia, seu plano foi cancelado pela ré, em razão da inadimplência da mensalidade referente ao mês de junho de 2015. Assim, ajuizou a autora a presente demanda requerendo o restabelecimento das condições do plano de saúde, determinando a emissão dos boletos referentes às mensalidades em atraso e dos meses subsequentes, ou que seja autorizado o depósito em

juízo dos valores. [...]. Portanto, é permitida a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde, desde que haja prévia notificação do consumidor acerca de sua inadimplência pelo período de sessenta dias, consecutivos ou não. Percebe-se dos documentos de f. 43/48 que a autora pagou as mensalidades referentes aos meses de março a junho de 2015. Cumpre salientar que a mensalidade referente ao mês de junho teria sido paga apenas em outubro do referido ano, ultrapassando o prazo de 60 dias previsto na legislação aplicável. Restou demonstrado, às f. 70/72, o envio, ao endereço da autora, da notificação acerca da sua inadimplência, sendo, inclusive, o mesmo endereço constante nos boletos de cobrança da mensalidade do plano de saúde. Portanto, a ausência da notificação não pode ser o fundamento para inibir o cancelamento do plano de saúde em questão. Denota-se, por outro lado, que a ré permaneceu enviando os boletos de mensalidade dos meses subsequentes à inadimplência. Tal conduta da ré, aliada ao pagamento das mensalidades posteriores pela autora, afasta a legitimidade do cancelamento do plano de saúde, na medida em que aceitar os pagamentos relativos aos meses subsequentes afronta a cláusula geral que “proscree o comportamento contraditório que importe em quebra da confiança, revertendo legítimas expectativas criadas na outra parte contratante”. [...]. Todavia, conforme bem salientou o culto Juiz da causa, “o pedido da autora fundamenta-se, tão somente, quanto a impossibilidade de rescisão em decorrência de parcela vencida em junho de 2015”, sendo certo que eventual inadimplemento posterior extrapola os limites da lide e não deve ser objeto de análise na presente demanda (fls. 224/228). Assim, incide o óbice da Súmula n. 7 do STJ (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”), uma vez que a pretensão recursal demanda o reexame do acervo fático-probatório juntado aos autos. Nesse sentido: “O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias na via eleita (Súmula n. 7/STJ)” (AgRg no REsp n. 1.773.075/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 7/3/2019). Confirmam-se ainda os seguintes precedentes: AgRg no AgRg no AREsp n. 1.374.756/BA, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 1º/3/2019; AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.356.000/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 6/3/2019; e REsp n. 1.764.793/RJ, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 8/3/2019. Ante o exposto, com base no art. 21-E, V, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial. Nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários de advogado em desfavor da parte recorrente em 15% sobre o valor já arbitrado nas instâncias de origem, observados, se aplicáveis, os limites percentuais previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal, bem como eventual concessão de justiça

gratuita. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 08 de janeiro de 2020. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Presidente
(STJ - AREsp: 1598402 MG 2019/0301908-0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Publicação: DJ 04/02/2020)

RECURSO INOMINADO – PLANO DE SAÚDE - RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO – MAIS DE 60 DIAS DE INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR - NOTIFICAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA DEVIDAMENTE RECEBIDA NO ENDEREÇO DA AUTORA - INTELGÊNCIA DO ART. 13, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DA LEI 9.656/1998 – ACEITAÇÃO DO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS APÓS O ENVIO DA NOTIFICAÇÃO DE MORA. ENVIO DE BOLETOS DE COBRANÇA DE MENSALIDADES - ACEITAÇÃO DO PAGAMENTO - POSTURA INCOMPATÍVEL COM O INTENTO DE RESCINDIR O CONTRATO – RENUNCIA TACITA AO DIREITO DE CANCELAR O CONTRATO – DEVIDO O RESTABELECIMENTO DO PLANO - RECUSA DE COBERTURA - FALHA DO SERVIÇO - ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DANO MORAL CONFIGURADO – ENUNCIADO 7:1 DAS TRR/PR – QUANTUM ARBITRADO EM R\$ 5.000,00 - ENUNCIADO 12.15-A DAS TRR/PR - SENTENÇA REFORMADA. Recurso conhecido e provido. Diante do exposto, resolve esta Turma Recursal, por unanimidade de votos, CONHECER E PROVER o recurso, nos exatos termos do voto (TJPR - 2ª Turma Recursal - 0010679-33.2013.8.16.0018 - Maringá - Rel.: Juiz Luiz Gustavo Fabris - J. 11.09.2014)

RECURSO INOMINADO. PLANO DE SAÚDE. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. ATENDIMENTO DAS FORMALIDADES DO ARTIGO 13, INCISO II, DA LEI N.º 9.656/98. EMISSÃO DE NOVOS BOLETOS PARA PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS APÓS O PRAZO CONCEDIDO NA NOTIFICAÇÃO PARA A PURGAÇÃO DA MORA. ACEITAÇÃO DO PAGAMENTO REALIZADO. POSTURA INCOMPATÍVEL COM O INTENTO DE RESCINDIR O CONTRATO. RESCISÃO OPERADA NO MESMO DIA DO PAGAMENTO DAS FATURAS VENCIDAS. POSTURA INCOMPATÍVEL COM A BOA-FÉ OBJETIVA. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. RECONHECIMENTO DO DIREITO AO RESTABELECIMENTO DO CONTRATO. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. esta Turma Recursal resolve, por unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO ao recurso, nos exatos termos do voto” (TJPR - 2ª Turma Recursal - 0021371- 28.2012.8.16.0018/0 - Maringá; - Rel.: MANUELA TALLÃO BENKE, DJe. 06/12/2013) (Grifos nossos)

Somado a isso, verifico que o endereço residencial da recorrida fixa-se, conforme o ID 3440932, na Alameda do Carmo, nº 34, altos, tendo sido a Notificação de Rescisão recebida por “Alinne Pereira”, pessoa desconhecida da parte (ID 3440938), o que desconfigura a notificação pessoal a que alude a jurisprudência, mormente por tratar-se, *in casu*, de pessoa idosa.

Corroborando o entendimento acima esposado, vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PLANO DE SAÚDE - RESCISÃO POR INADIMPLE-
MENTO - NOTIFICAÇÃO PRÉVIA E PESSOAL - NECESSIDADE - AUSÊNCIA DE
COMPROVAÇÃO - RESCISÃO INDEVIDA - DANO MORAL - CONFIGURADO. A res-
cisão unilateral de contrato de plano de saúde por inadimplemento deve
ser precedida de notificação prévia e pessoal do usuário, dando ciência a
este da iminência de ter os serviços suspensos ou interrompidos. Eviden-
ciada a rescisão do contrato desprovida de notificação válida, configura-se
prática de ato abusivo. Sendo o usuário pessoa já idosa, que necessita de
intensos cuidados médicos constantes, indubitável que a rescisão do con-
trato de saúde com a suspensão do atendimento atinge sobremaneira a
sua esfera extrapatrimonial, causando danos de ordem moral.

(TJ-MG - AC: 10000191282136001 MG, Relator: Valéria Rodrigues Queiroz,
Data de Julgamento: 08/03/0020, Data de Publicação: 18/03/2020)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PLANO DE SAÚDE INDIVIDUAL - RES-
CISÃO UNILATERAL DO CONTRATO - PRIVAÇÃO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - IM-
POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO REGULAR - RESCISÃO
INDEVIDA - SENTENÇA MANTIDA. - Para que ocorra a rescisão ou suspen-
são de plano de saúde individual ou familiar a lei 9.656/89 é expressa ao
exigir a notificação pessoal do devedor antes de legitimar à empresa a
suspensão ou rescisão do plano de saúde, diante da natureza do serviço
e da constitucional proteção ao consumidor e ao direito fundamental à
saúde. - A notificação exigida no art. 13 visa a cientificar o consumidor da
mora, bem como oportunizar-lhe o pagamento das parcelas inadimplidas
com o fim de manter a vigência do contrato de plano de saúde. Assim, a
exigência de notificação prévia só será aperfeiçoada mediante demonstra-
ção inequívoca de que o consumidor fora informado da possível resolução
contratual, sob pena de não cumprir os fins a que se destina. - A notifica-
ção devolvida sem assinatura do consumidor ou terceiro que o alcance
é insuficiente para cumprir os requisitos previstos no art. 13, II, da Lei n.
9.656/98.”(TJMG - Processo: Apelação Cível nº. 1.0000.16.095347-7/002; Rela-
tora Desembargadora Juliana Campos Horta; DJe 13.11.18)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO COMINATÓRIA C.C. INDENIZAÇÃO POR
DANOS MORAIS - PRELIMINAR - RECURSO ADESIVO - MATÉRIA ILIMITADA -
PLANO DE SAÚDE - RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO POR ATRASO NO
PAGAMENTO DE MENSALIDADE - NOTIFICAÇÃO PRÉVIA INÓCUA - RESTABELE-
CIMENTO DO PLANO DE SAÚDE - BOA FÉ E LEALDADE CONTRATUAL - FUNÇÃO
SOCIAL DO CONTRATO - DANOS MORAIS CONFIGURADOS. O recurso adesivo
se subordina ao principal, mas apenas no que diz respeito à sua admissi-
bilidade. É abusiva a conduta da operadora de plano de saúde que resolve
relação contratual sob o argumento de que teria sido inadimplida uma
única prestação, se aceitou o pagamento das mensalidades subsequen-

tes, aplicando-se ao caso a vedação ao venire contra factum proprium,
consubstanciada na boa fé objetiva. Indevido o cancelamento do plano
de saúde por inadimplemento se a notificação enviada pela operadora de
saúde não cumpriu sua finalidade de dar ciência de forma clara e inequí-
voca ao segurado sobre a rescisão do contrato se não quitasse o débito
em atraso. A não manutenção do plano de saúde certamente gera inse-
gurança e abalo psicológico no segurado, não constituindo este quadro
mero dissabor, que faz parte do cotidiano, pelo contrário, trata-se de uma
situação excepcional de anormalidade, considerando ainda a sensação
de indignação causada pela conduta da operadora de saúde. A fixação do
valor da indenização por danos morais pauta-se pela aplicação dos prin-
cípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (TJMG - Apelação Cível
1.0701.14.041044-3/001, Relator (a): Des.(a) Rogério Medeiros, 13ª CÂMARA
CÍVEL, julgamento em 22/11/2018, publicação da sumula em 30/11/2018)
(Grifo nosso)

Desta feita, diante dessas peculiaridades, firmo o entendimento que houve, por parte
da operadora de Plano de Saúde conduta incompatível com o desejo de desfazer a rela-
ção contratual, razão pela qual é devida a manutenção do contrato nos moldes origina-
riamente contratados, sob pena de ofensa ao previsto no art. 422 do Código Civil, art. 4º,
inciso III, e art. 51, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, não sobejam dúvidas quanto ao acerto da sentença atacada, a qual merece
manutenção à vista da observância da legislação e jurisprudência pertinentes ao tema.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **CONHEÇO DO RECURSO** e **NEGO-LHE PROVIMENTO**, mantendo inte-
gralmente a sentença atacada.

É como voto.

MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES
Desembargadora - Relatora

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª TURMA DE DIREITO PRIVADO
AUTOS Nº: 0002517-22.2010.814.0065
CLASSE: RECURSO DE APELAÇÃO
JUÍZO DE ORIGEM: 1ª VARA CÍVEL E EMPRESARIAL DE XINGUARA
APELANTE/APELADO: BRADESCO SEGUROS S/A.
APELADO/APELANTE: JOÃO RIBEIRO LIMA
RELATORA: DESA. MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. DIREITO PRIVADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. PRELIMINAR DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL DO BRADESCO SEGUROS PELA SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DE SEGURO DPVAT E PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADAS. MÉRITO. DEMONSTRAÇÃO DO CUSTEIO DOS SERVIÇOS MÉDICOS E DE MEDICAMENTOS PELO SEGURADO. NÃO COMPROVAÇÃO DAS LESÕES DE NATUREZAS GRAVE, PERMANENTE E INCAPACITANTE. JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO E CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO. INTELIGÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES 43 E 426 DO STJ. INCONSTITUCIONALIDADE DA TABELA ANEXA À LEGISLAÇÃO DE SEGURO DPVAT. INOCORRÊNCIA, EX VI DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. RECURSO DA SEGURADORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, APENAS EM RELAÇÃO AO TERMO INICIAL DA CONTAGEM DOS JUROS DE MORA. RECURSO DO SEGURADO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. 1 - Os documentos de fls. 44/52 e 62 dos autos são elucidativos no sentido de que a parte autora, ora apelada, despendeu valores tanto com consulta médica, quanto com medicamentos, na base de R\$2.048,88 (dois mil e quarenta e oito reais e oitenta e oito centavos), pois consistem em recibos de serviços médicos e de produtos farmacêuticos datados entre 29/08/2010 e 30/11/2010, período este compatível com a data do acidente, isto é, 29/08/2010 (fl. 14). Ademais, a parte apelante não se desincumbiu do ônus de desconstituir os elementos de prova reportados ao norte, haja vista que se limitou a alegar, genericamente, que a parte ora apelada não teria logrado êxito na comprovação das despesas por ela elencadas. 2 - No que atine à correção monetária, uma vez mais carece de razão a parte apelante, porquanto andou bem o togado singular ao fixá-la com incidência a partir do evento danoso, eis que em consonância com o Enunciado da Súmula nº 43 do STJ. Melhor sorte, porém, a socorre em relação aos juros de mora, tendo em mira que igualmente fixado pelo juízo de origem a partir do evento danoso, fato que viola o enunciado sumular nº 426 do STJ. 3 - O acervo probatório coligido aos autos pelo segurado, notadamente os documentos de fls. 17 e 18, depõe contra a tese por ele próprio desenvolvida, segundo a qual, teria sofrido lesão de caráter permanente, irreversível e incapacitante, oriunda de sinistro motociclístico. Isto porque se trata de atestados médicos justificantes da incapacidade para o exer-

cício das atividades da parte apelante por período de 90 (noventa) dias, em virtude de fratura do calcâneo. Logo, não se trata de hipótese de perda anatômica, funcional ou mesmo de mobilidade em qualquer grau a propiciar o recebimento proporcional do seguro, tampouco de invalidez permanente a ensejar a indenização securitária pretendida, qual seja, no valor teto de R\$13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) constante na legislação de regência. Bem a propósito, a inconstitucionalidade questionada pela parte apelante não deve subsistir, porquanto o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em controle concentrado, que a tabela anexa às normas de seguro DPVAT não estiola os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e do retrocesso social.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Excelentíssimos Desembargadores, que integram a 1ª Turma de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade votos, em conhecer e dar parcial provimento ao recurso interposto pela seguradora, bem como conhecer em parte e negar provimento ao recurso interposto pelo segurado, nos termos do voto da relatora.

Sessão Ordinária do Plenário Virtual do dia 10/02/2020 e presidida pela Excelentíssima Desembargadora José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Júnior.

Belém/PA, 10 de fevereiro de 2020.

Desa. **MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO**
Relatora

RELATÓRIO

Vistos os autos.

BRADESCO SEGUROS S/A. e **JOÃO RIBEIRO LIMA** interpuseram, reciprocamente, RECURSOS DE APELAÇÃO em face das sentenças de fls. 168/169 e fls. 184/185 (embargos de declaração), respectivamente, que julgaram parcialmente procedentes os pedidos formulados no bojo da Ação de Cobrança de Seguro Obrigatório DPVAT em epígrafe.

Historiam os autos que a parte segurada/apelante ajuizou **Ação Ordinária de Cobrança de Seguro DPVAT** (fls. 02/09), provocando o Poder Judiciário no sentido de tutelar a pretensão consubstanciada no pagamento do seguro de cobertura pessoal de indenização por invalidez permanente no valor de R\$13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) e de despesas médicas decorrentes do acidente sofrido, no importe de R\$1.690,88 (mil, seiscentos e noventa reais e oitenta e oito centavos).

A sentença proferida às fls. 168/169 foi de parcial procedência dos pedidos iniciais, condenando a parte ré ao pagamento do valor de R\$1.690,88 (mil, seiscentos e noventa reais e oitenta e oito centavos) apenas a título de ressarcimento pelas despesas médicas decorrentes do acidente de trânsito sofrido.

A parte autora, **JOÃO RIBEIRO LIMA**, promoveu a oposição de **Recurso de Embargos de Declaração (fls. 172/173)**, tencionando sanar erro material consistente na condenação no valor contido na inicial ainda não aditada, isto é, R\$1.690,88 (mil, seiscentos e noventa reais e oitenta e oito centavos), ao qual foi acrescentada uma despesa médica suplementar no valor de R\$352,00 (trezentos e cinquenta e dois reais) em petição de aditamento à inicial (fl. 61/62), totalizando, portanto, R\$2.042,88 (dois mil e quarenta e dois reais e oitenta e oito centavos).

Irresignada, insurgiu-se, primeiramente, a parte ré, **BRADESCO SEGUROS S/A.**, **interpondo recurso de apelação (fls. 174/178)**, requerendo, preliminarmente, a sua substituição pela SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DPVAT, pessoa jurídica esta criada pela Resolução nº 154 do CNSP, para centralizar toda a administração do seguro obrigatório, de forma que todo o procedimento em caso de eventual pagamento será por ela efetuado. Subsidiariamente, pugnou pela sua inclusão no polo passivo, na qualidade de litisconsorte solidariamente responsável com a seguradora originalmente acionada. Meritoriamente, sustenta que merece reforma a sentença em virtude da não comprovação, pela parte autora/apelada, das despesas de assistência médica e suplementar, de modo que não faz jus à indenização de R\$1.690,80 (mil, seiscentos e noventa reais e oitenta centavos).

Sobreveio nova sentença às fls. 172/173, acolhendo os Embargos de Declaração **(fls. 172/173)**, no sentido de reconhecer o erro material apontado, majorando o valor condenatório para R\$2.042,88 (dois mil e quarenta e dois reais e oitenta e oito centavos).

Por sua vez, **JOÃO RIBEIRO LIMA interpôs recurso de apelação (fls. 186/195)**, sustentando, preliminarmente, o cerceamento de defesa, pois se o togado singular possuía dúvidas acerca das lesões, deveria ter determinado a realização de perícia. Meritoriamente, assevera que o relatório e o laudo médico juntados aos autos às fls. 13/16 demonstram de forma inequívoca e idônea as sequelas de caráter permanente sofridas. Acrescenta que em virtude das graves e permanentes lesões a que foi vítima, faz jus à indenização securitária no valor máximo de R\$13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), previsto na Lei nº 6.194/74, acrescida de correção monetária a partir do ajuizamento da ação e juros de mora desde a data do sinistro, devendo ser declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 8.441/92 e da Lei nº 11.482/2007. Por derradeiro, pleiteou o provimento do seu apelo.

Ambos os recursos foram recebidos no duplo efeito (fl. 196).

Às fls. 197/200, **JOÃO RIBEIRO LIMA apresentou contrarrazões**, refutando, preliminarmente, a substituição do polo passivo, ao argumento de que tenta a parte apelante esquivar-se de suas obrigações, pois a resolução nº 154 do CNSP, além de não determinar que a Seguradora Líder fica responsável pelos pagamentos de seguro DPVAT, não se sobrepõe à Lei Federal nº 8.441/92, pois esta legitima toda seguradora integrante do rol securitário ao pagamento do seguro, de maneira que para o cumprimento da obrigação, basta a demonstração dos fatos e de suas consequências danosas. Meritoriamente, esgrimito que são totalmente infundadas as razões recursais da seguradora, para se esquivar de suas

obrigações, pois restou demonstrado nos autos que as despesas são oriundas do tratamento das lesões sofridas no sinistro. Rechaça que os juros moratórios sejam devidos a partir da citação, pois devem incidir desde a data do sinistro. Por derradeiro, pugnou pelo desprovimento do recurso.

Os presentes recursos foram distribuídos, inicialmente, à Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro, a qual houve por bem baixar os autos em diligência ao Juízo de Origem (fl. 204), tendo sido devolvidos em 02/05/2017 (fl. 233-verso).

A seu turno, o **BRADESCO SEGUROS S/A.** formalizou contrarrazões às fls. 214/228, contrapondo que a Resolução nº 154 do CNSP criou nova pessoa jurídica que centralizou toda a administração do seguro obrigatório e, em virtude disso, todo o procedimento em caso de eventual pagamento, será efetuado pela Seguradora Líder. Defende a constitucionalidade da Lei nº 11.945/2009 que instituiu a tabela de indenizações, por não conter qualquer vício material, bem como a inexistência de lesão capaz de justificar sua condenação, notadamente diante da necessidade de realização de perícia. Esgrima que o termo inicial da incidência dos juros e correção monetária deve ocorrer a partir da data da propositura da demanda, além da impossibilidade de condenação em honorários advocatícios na espécie, pois teve a parte seguradora/autora/apelante, a faculdade de resolver administrativamente a questão, ou mesmo procurar a Defensoria Pública. Por derradeiro, pugnou pelo desprovimento do presente recurso.

Em 05/07/2017, vieram-me os autos conclusos por redistribuição, em razão da alteração de competência da relatoria originária promovida pela Emenda Regimental nº 05/2016 (fls. 236 e 238).

Relatados.

VOTO

A EXMA. RELATORA, DESA. MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO:

1. DA APELAÇÃO INTERPOSTA POR **BRADESCO SEGUROS**:

Quanto ao Juízo de admissibilidade, vejo que o recurso é tempestivo (certidão de fl. 182), adequado à espécie e conta com preparo regular (fls. 179/181). Portanto, preenchidos os pressupostos *extrínsecos* (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer e isenção de preparo) e *intrínsecos* (cabimento, legitimidade e interesse para recorrer); SOU PELO SEU CONHECIMENTO.

Relativamente à preliminar de substituição do BRADESCO SEGUROS S/A. por SEGURADORA LÍDER DPVAT, de antemão vislumbro insubsistente, porquanto qualquer seguradora que compõe o consórcio tem legitimidade para custear o pagamento da indenização referente ao seguro DPVAT, cabendo a escolha à parte seguradora. Destarte, como a ação originária foi ajuizada contra o Bradesco Seguros S/A, parte legitimada integrante do consórcio, não se deve cogitar a substituição do polo passivo da demanda pela Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A., tampouco a formação de litisconsórcio passivo,

devendo ser observado, portanto, o art. 41 do CPC/1973¹, vigente à época da interposição do presente recurso.

Corroborando, nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *litteris*:

Ementa: AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. SEGURO DPVAT. INDEFERIMENTO DA INICIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. INTERESSE DE AGIR RECONHECIDO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. APLICAÇÃO DO ART. 1.013, § 3º C/C O ART. 485, I, DO CPC/2015. APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS COM AS CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO. SUCUMBÊNCIA. I. Preliminar contrarrecursal. Formação de litisconsórcio. **Qualquer seguradora que compõe o consórcio tem legitimidade para responder pelo pagamento da indenização referente ao seguro DPVAT, mesmo que o adimplemento parcial tenha sido efetuado por seguradora diversa, cabendo a escolha a parte autora. Assim, como a ação foi ajuizada contra Bradesco AUTO/RE Companhia de Seguros S.A., parte legitimada a arcar com a indenização, não há falar em substituição do polo passivo da demanda, com a inclusão da Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A., tampouco em formação de litisconsórcio passivo. Deve ser observado, no caso, o art. 108, do CPC/2015. Preliminar rejeitada.** II. Interesse processual. Reconhecimento. No caso, a inicial atendeu aos requisitos do art. 282, do CPC/1973, vigente quando do ajuizamento da ação (art. 319, do CPC/2015). Além disso, a falta do anterior requerimento administrativo não descaracteriza o interesse de agir, tampouco sua realização de maneira supostamente inadequada, até porque não há embasamento jurídico que obrigue o autor a encerrar a esfera administrativa para, após, ajuizar a ação judicial, o que violaria o princípio constitucional do livre acesso ao Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988. Desconstituição da sentença que indeferiu a inicial III. Aplicação do art. 1.013, § 3º c/c o art. 485, I, do CPC/2015. Enfrentamento do mérito da lide, pois a requerida foi citada para apresentar as contrarrrazões de apelação, ocasião em que juntou os documentos postulados na inicial. Observância dos princípios da economia e celeridade processual. Cuidando-se de documentos comuns às partes, a demandada tem o dever de exibi-los, na forma dos arts. 396 e 399, III, do CPC/2015. IV. Outrossim, é imperiosa a condenação da requerida nos ônus da sucumbência (art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC/2015), uma vez que, apesar de ter exibido os documentos, insurgiu-se contra a pretensão inicial através das contrarrrazões de apelação. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL REJEITADA. APELAÇÃO PROVIDA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (Apelação Cível, Nº 70070148291, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em: 31-

08-2016) (Destaquei)

AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO CÍVEL COM SEGUIMENTO NEGADO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. SEGUROS. DPVAT. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE PROCESSUAL CONFIGURADO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. 1. Inclusão da Seguradora Líder. **A presença da Seguradora Líder no polo passivo da demanda não é obrigatória, sendo permitido à vítima do sinistro escolher qualquer seguradora que faça parte do consórcio do seguro DPVAT para responder pela apresentação dos documentos relativos ao procedimento administrativo que deu ensejo ao pagamento do seguro obrigatório** 2. Desnecessidade de comprovação da recusa administrativa para o ajuizamento da ação. Dever de a parte requerida fornecer os documentos comuns às partes, nos termos do art. 844, II, do CPC. Presença de interesse processual na pretensão exhibitória. 3. Tendo em vista o disposto no art. 26, do CPC, cabe a condenação da parte demandada nos ônus sucumbenciais mesmo quando apresentados os documentos pleiteados na inicial no curso da lide, porquanto tal importa no reconhecimento do pedido, conforme art. 269, inciso II, do Código de Processo Civil. 4. Honorários advocatícios. Verba mantida. Valor que atende às diretrizes do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, bem como por ser inferior ao patamar usualmente adotado por este Colegiado em ações da espécie. 5. Ausente qualquer argumento a justificar a modificação do posicionamento adotado, resta mantida a decisão recorrida. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70060330388, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 06/08/2014). (Destaquei)

Outrossim, REJEITO A PRELIMINAR e, **não havendo mais questões prejudiciais a serem enfrentadas, avança à análise do mérito recursal.**

Cinge-se a controvérsia acerca da ocorrência das despesas de assistência médicas e suplementar oriundas do sinistro que teria lesionado a parte autora ora apelada, bem como em torno dos juros e correção monetária arbitrados na sentença.

Pois bem, primeiramente em relação às despesas de natureza médica, vislumbro que os documentos de fls. 44/52 e 62 dos autos são elucidativos no sentido de que a parte autora, ora apelada, despendeu valores tanto com consulta médica, quanto com medicamentos, na base de R\$2.048,88 (dois mil e quarenta e oito reais e oitenta e oito centavos), pois consistem em recibos de serviços médicos e de produtos farmacêuticos datados entre 29/08/2010 e 30/11/2010, período este compatível com a data do acidente, isto é, 29/08/2010 (fl. 14).

Ademais, a parte apelante não se desincumbiu do ônus de desconstituir os elementos de prova reportados ao norte, haja vista que se limitou a alegar, genericamente, que a parte ora apelada não teria logrado êxito na comprovação das despesas por ela elencadas.

No que atine à correção monetária, uma vez mais carece de razão a parte apelante, porquanto andou bem o togado singular ao fixá-la com incidência a partir do evento danoso, eis que em consonância com o Enunciado da Súmula nº 43 do Superior Tribunal de Justiça, cuja literalidade ora merece transcrição:

¹ Art. 41. Só é permitida, no curso do processo, a substituição voluntária das partes nos casos expressos em lei.

Súmula 43 do STJ: Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.

Melhor sorte, porém, a socorre em relação aos juros de mora, tendo em mira que igualmente fixado pelo juízo de origem a partir do evento danoso, fato que viola o enunciado sumular nº 426 do Superior Tribunal de Justiça, segundo aqueles são devidos desde a citação:

Súmula nº 426 do STJ: Os juros de mora na indenização do seguro DPVAT fluem a partir da citação.

O entendimento ao norte é ratificado pelo julgado recente do STJ a seguir:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DPVAT. FALTA DE PAGAMENTO DO PRÊMIO. PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO. VITIMA. **CORREÇÃO MONETÁRIA. INPC. A PARTIR DO EVENTO DANOSO. JUROS DE MORA. A PARTIR DA CITAÇÃO.** 1. Nos termos da Súmula 257/STJ, “a falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização”. Tal exegese aplica-se inclusive nos casos em que a vítima do acidente de trânsito é o proprietário do veículo, que se encontra inadimplente. **2. Tendo em vista o restabelecimento da decisão do magistrado de piso levado a efeito pela decisão unipessoal objurgada, merece acolhida a irresignação da parte agravante para se determinar a reforma da sentença tão somente para fixar a incidência da correção monetária, de acordo com o INPC, desde o evento danoso até a citação e os juros de mora, de acordo com a taxa SELIC, a partir da citação.** 3. Agravo interno parcialmente provido. (AgInt no REsp 1757675/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 24/09/2019) (Destaquei)

2. DA APELAÇÃO INTERPOSTA POR JOÃO RIBEIRO LIMA

Quanto ao Juízo de admissibilidade, vejo que o recurso é tempestivo, adequado à espécie e conta com inexigibilidade de preparo, uma vez deferida a justiça gratuita na origem (fl. 63). Portanto, preenchidos os pressupostos *extrínsecos* (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer) e *intrínsecos* (cabimento, legitimidade e interesse para recorrer); sou pelo seu CONHECIMENTO.

No que concerne à preliminar de cerceamento de defesa patrocinada, em tese, pelo juízo de origem, ao não determinar a produção de prova pericial, vislumbro meramente especulativa, senão vejamos.

Primeiramente, porque a parte autora/apelante não apenas não requereu a produção de prova pericial, como a própria fez denotar ser ela desnecessária, frente à robustez das provas coligidas aos autos, conforme se infere do excerto extraído da peça de impugnação à contestação, contido na fl. 160, *litteris*:

No que se refere à realização de perícia médica, **caso este Douto Magistrado entenda ser necessária a sua realização, o que o requerente entende ser improvável**, argumento apenas em atenção ao princípio da eventualidade, mesmo restando robustamente provadas as sequelas de caráter permanente sofridas pelo Autor, bem como o nexo de causalidade entre estas e o mencionado acidente de trânsito, requer que se digne V. Exa. em determinar que tal perícia seja custeada pela Requerida, **na medida que (sic) foi a mesma (sic) quem a solicitou (...).** (Destaquei)

Ademais, compete ao julgador o livre convencimento e a prerrogativa de gerir as provas que reputa pertinentes à elucidação dos fatos e ao deslinde da demanda, sendo ele quem tem a autoridade de conduzir o processo, podendo valorar ou indeferir as provas, nos moldes do Código de Processo Civil/1973, vigente à época do julgamento, que assim rezava, em seu art. 131, *litteris*:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Destarte, REJEITO A PRELIMINAR e, **não havendo outras questões prejudiciais a serem enfrentadas, avanço ao mérito recursal.**

O antagonismo instaurado nos autos orbita em torno da pretensa invalidez de caráter permanente que acometeu a parte autora apelante em decorrência do acidente de trânsito sofrido em 29/08/2010, bem assim, acerca da fixação dos juros de mora e correção monetária fixados na sentença.

Pois bem, *prima facie*, concluo que a parte apelante não apenas deixou de se desincumbir do ônus processual de fazer prova do alegado em sua petição inicial, como as provas por ela amealhadas colidem com a sua própria pretensão, senão vejamos.

O acervo probatório coligido aos autos, notadamente os documentos de fls. 17 e 18, depõe contra a tese desenvolvida pela parte apelante, segundo a qual, teria ela sofrido lesão de caráter permanente, irreversível e incapacitante, oriunda de sinistro motociclístico. Isto porque se trata de atestados médicos justificantes da incapacidade para o exercício das atividades da parte apelante por período de 90 (noventa) dias, em virtude de fratura do calcâneo.

Logo, não se trata de hipótese de perda anatômica, funcional ou mesmo de mobilidade em qualquer grau a propiciar o recebimento proporcional do seguro, tampouco de invalidez permanente a ensejar a indenização securitária pretendida, qual seja, no valor teto de R\$13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) contido na tabela da legislação de regência.

Bem a propósito, a inconstitucionalidade questionada pela parte apelante não deve subsistir, porquanto o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em controle concentrado, que a tabela anexa à legislação de seguro DPVAT não estiola os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade e da vedação ao retrocesso social, consoante o

aresto a seguir:

EMENTA: 1) **SEGURO DPVAT. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.** LEGITIMIDADE DA CNS PARA A PROPOSITURA DA PRESENTE AÇÃO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA DA ATUAÇÃO DA REQUERENTE COM OS DESDOBRAMENTOS DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELAS LEIS CONJURADAS NA REGULAMENTAÇÃO DO SEGURO DPVAT. 2) A PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECÍFICOS PARA A PROPOSITURA DE ADI ATRELADA AOS AUTOS APÓS A DISTRIBUIÇÃO DA AÇÃO SUPRE A INCAPACIDADE POSTULATÓRIA AB ORIGINE. VÍCIO SANADO. 3) RELEVÂNCIA E URGÊNCIA PARA O TRATAMENTO DA MATÉRIA SEGURO DPVAT EM SEDE DE MEDIDA PROVISÓRIA. REQUISITOS PRESENTES. 4) A COMPATIBILIDADE DAS NORMAS LEGAIS COM O TEXTO DA LC nº 95/98 ENCERRA CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL INSINDICÁVEL EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. 5) O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS ARTIGOS 196, 197 E 199 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA RESTAM IMACULADOS NA ALTERAÇÃO DA SISTEMÁTICA DO PAGAMENTO DO DPVAT QUE ENGENDROU COM O NOVEL SISTEMA SECURITÁRIO, POSTO HARMÔNICO COM AS NORMAS CONSTITUCIONAIS. **6) OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA PROPORCIONALIDADE E DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL, MÁXIME DIANTE DOS MECANISMOS COMPENSATÓRIOS ENCARTADOS NA ORDEM NORMATIVA SUB JUDICE, RESTAM PRESERVADOS NA TABELA LEGAL PARA O CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO DO SEGURO DPVAT.** 7) O DIRIGISMO CONTRATUAL É CONSECUTÓRIO DA NOVA DOGMÁTICA DO DIREITO CIVIL GRAVITANTE EM TORNO DO TEXTO CONSTITUCIONAL E LEGITIMADORA DA PROIBIÇÃO LEGAL DE CESSÃO DO CRÉDITO DO DPVAT. 8) O NOVEL REGRAMENTO DO SEGURO DPVAT NÃO IMPEDE AS VÍTIMAS DE ACIDENTES DE TRÂNSITO DE ELEGEREM OS HOSPITAIS PARTICULARES PARA O SEU ATENDIMENTO. 9) DIREITO À INCLUSÃO LEGAL DO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA DO VALOR DA INDENIZAÇÃO DEVIDA A TÍTULO DE SEGURO DPVAT. NECESSIDADE DE INICIATIVA DO PODER COMPETENTE. 10) IMPROCEDÊNCIA DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.350 E 4.627. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8º DA LEI Nº 11.482/07 E DOS ARTS. 30 A 32 DA LEI Nº 11.945/09.

(ADI 4350, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 02-12-2014 PUBLIC 03-12-2014) (Destaquei)

Corroborando nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sumulado no verbete que ora se transcreve:

Súmula nº 474 - STJ: A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez.

No que tange aos juros e correção monetária, tenho que carece de interesse recursal a parte apelante, pois pretende a sua incidência a partir do evento danoso, muito embora

a sentença alvejada assim o tivesse feito, motivo pelo qual DEIXO DE CONHECER deste ponto da presente irresignação.

Por derradeiro, no que concerne à tese de descabimento de condenação da parte apelante em honorários advocatícios sucumbenciais, sustentada pela seguradora/apelada, afigura-se totalmente teratológica, na medida em que está ela a advogar que, para fazer jus aos honorários advocatícios, não poderia a parte autora estar sob o pálio da assistência judiciária gratuita. Em outras palavras, que quando a parte for hipossuficiente deve, obrigatoriamente, socorrer-se dos préstimos da Defensoria Pública, sob pena de seu causídico não ser gratificado, processualmente.

Ora, sufragar tal entendimento, não seria apenas limitar o acesso à justiça, mas também tolher um direito da classe advocatícia, insculpido no art. 20 do CPC/73², vigente à época, o qual não faz qualquer restrição nesse sentido.

Demais disso, não é despidendo informar à parte apelante que mesmo a Defensoria Pública tem direito à dita gratificação, exceto nos feitos em que funciona contra o ente federativo ao qual pertença, nos moldes do que preconiza o enunciado da Súmula nº 421 do Superior Tribunal de Justiça, *litteris*:

Súmula nº 421 – STJ. Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.

À vista do exposto, voto pela REJEIÇÃO das preliminares de substituição processual e de cerceamento de defesa, bem como pelo CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR **BRADESCO SEGUROS S/A**, tão somente para reformar a sentença em relação à aplicação dos juros de mora, passando estes a incidir a partir da citação. Voto ainda pelo PARCIAL CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO, NA PARTE CONHECIDA, DO RECURSO INTERPOSTO POR **JOÃO RIBEIRO LIMA**.

Belém/PA, 10 fevereiro de 2020.

Desa. **MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO**
Relatora

² Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

Conflito de Competência

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) - 0801407-46.2020.8.14.0000
SUSCITANTE: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL E EMPRESARIAL DE ANANINDEUA
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE FAMÍLIA DE ANANINDEUA
RELATOR(A): Desembargador RICARDO FERREIRA NUNES

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL E VARA DE FAMÍLIA. COMARCA DE ANANINDEUA. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PARTILHA DE BENS. CONEXÃO ENTRE OS PEDIDOS. RELAÇÃO DE ACESSORIEDADE. PRECEDENTE DO STJ. DECLARADA A COMPETÊNCIA DA 2ª VARA DE FAMÍLIA DE ANANINDEUA, À UNANIMIDADE.

- 1. O Conflito de Competência ocorre em Ação de Dissolução de União Estável com Partilha de Bens, na qual a 2ª Vara de Família de Ananindeua, após homologar o fim da sociedade conjugal, se declarou incompetente para processar a partilha de bens.
- 2. A partilha de bens é decorrência lógica da ruptura da união estável. Existe entre os pedidos uma interligação decorrente da unidade do conflito de interesses.
- 3. Há entre as duas demandas uma relação de conexão substancial, a qual, inevitavelmente, gera a prevenção do Juízo que julgou a dissolução da união estável. Precedentes do STJ.
- 4. Conflito de Competência julgado para declarar a competência da 2ª Vara de Família de Ananindeua, à unanimidade.

RELATÓRIO

Cuida-se de Conflito de Competência surgido entre a 3ª Vara Cível e Empresarial de Ananindeua e a 2ª Vara de Família de Ananindeua.

Na origem, trata-se de ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c divisão de bens movida por Leonei Baleixo de Sousa em face de Michele de Freitas Melo.

O processo foi distribuído para a 2ª Vara de Família que o conduziu até o reconhecimento e dissolução da união estável através de transação entre as partes. Como restou pendente apenas a partilha dos bens, aquele Juízo houve por bem determinar a redistribuição do feito para uma vara cível, sob o argumento de que não existia mais relação familiar entre as partes e que a matéria irresoluta deveria ser solucionada pelas regras do condomínio.

Ao receber o processo, o Juízo da 3ª Vara Cível e Empresarial de Ananindeua recusou a competência, argumentando que o pedido de partilha é cumulativo ao pedido de disso-

lução da união estável e a sentença parcial de mérito, por si só, não retira a prevenção do Juízo de Família para prosseguir no julgamento do processo.

Suscitado o conflito, o incidente foi distribuído a minha relatoria.

Solicitei informações ao juízo suscitado e designei o Juízo suscitante para decidir sobre as medidas urgentes.

Ofício do Juízo suscitado reforçando as razões pelas quais declarou a sua incompetência.

O Ministério Público ofertou parecer pela competência do Juízo da 3ª Vara Cível e Empresarial de Ananindeua.

É o relatório.

Inclua-se o feito na sessão de julgamento presencial da Seção de Direito Privado.

Belém, 06 de agosto de 2020.

RICARDO FERREIRA NUNES

Desembargador Relator

VOTO

O conflito de competência ocorre em ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c divisão de bens. O desate da questão está em definir se remanesce a competência do juízo de família para julgar a partilha de bens adquiridos pelo casal que se divorcia e/ou dissolve a união estável.

Importante ressaltar que, no presente caso, o pedido de partilha de bens foi formulado na mesma ação em que se pleiteou ao Poder Judiciário o reconhecimento e a dissolução da união estável, trata-se, portanto, de pedidos cumulados.

Fiz questão de trazer o voto para a sessão de julgamento presencial, pois encontro decisões divergentes nos órgãos de julgamento deste Tribunal a respeito da matéria.

Há precedente desta Seção de Direito Privado em caso semelhante indicando a competência da Vara Cível. Refiro-me ao Acórdão n.º 183.678, de 27.11.2017, conduzido pelo Eminentíssimo Desembargador José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Júnior, à época Juiz Convocado em substituição à Desembargadora Marneide Trindade Pereira Merabet, cuja ementa res-

tou assim vazada:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. 7ª VARA DE FAMÍLIA E 9ª VARA CÍVEL. MESMA COMARCA. PARTILHA DE BENS. DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL. FORMAÇÃO DE CONDOMÍNIO SOBRE OS BENS COMUNS DO CASAL. QUESTÃO MERAMENTE PATRIMONIAL. 1. A ação de divórcio do casal, R. M. N. e M. C. S. N., tramitou perante o Juízo da 7ª Vara de Família de Belém, ora suscitante, sob o nº 0038337-42.2015.8.14.0301, no qual foi prolatada sentença decretando o divórcio em 10.10.2013 (fls. 71/71b). 2. Resta evidente que não há mais qualquer relação familiar entre as partes, uma vez que, por ocasião da decretação do divórcio, exauriu-se a jurisdição do juízo de família, não lhe restando competência para dirimir conflitos após a extinção do vínculo conjugal, haja vista que a controvérsia que remanesce é meramente patrimonial. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DA 9ª VARA CÍVEL DE BELÉM. (2017.05058564-66, 183.678, Rel. MARNEIDE TRINDADE PEREIRA MERABET, Órgão Julgador SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 2017-11-23, publicado em 2017-11-27)

O Tribunal Pleno, quando ainda competente para julgar todos os conflitos de competência, também decidiu pela competência da vara cível em situação análoga, conforme se verifica do Acórdão n.º 143.116, de 13.02.2015, em voto conduzido pelo Excelentíssimo Desembargador Constantino Augusto Guerreiro. Segue a ementa:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. 12ª VARA CÍVEL X 7ª VARA DE FAMÍLIA. MESMA COMARCA. PARTILHA DE BENS. DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL. FORMAÇÃO DE CONDOMÍNIO SOBRE OS BENS COMUNS DO CASAL. QUESTÃO MERAMENTE PATRIMONIAL. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DA 12ª VARA CÍVEL DE BELÉM. (2015.00466514-83, 143.116, Rel. CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO, Órgão Julgador TRIBUNAL PLENO, Julgado em 2015-02-11, Publicado em 2015-02-13)

Com base nesses precedentes, outros membros deste Colegiado prolataram decisões monocráticas pela competência da vara cível. Cito para exemplificar o Conflito de Competência n.º 0038355-63.2015.8.14.0301, dirimido em 17.12.2019 pela Desembargadora Maria de Nazaré Saavedra Guimarães; conflito de competência n.º 0617673-04.2016.8.14.0301, dirimido em 04.04.2019 pela Desembargadora Gleide Pereira de Moura.

Todavia, o Tribunal Pleno desta Corte de Justiça também possui precedente pela competência da vara de família em partilha de bens decorrente de ação de divórcio. São os Acórdãos n.º 126.527, de 18.11.2013, conduzido pela Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro, e n.º 136635, de 18.08.2014, conduzido pelo Desembargador José Maria Teixeira

do Rosário. Transcrevo as respectivas ementas:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA BEM IMÓVEL RESGUARDO DA PARTILHA JUÍZO QUE DECRETOU O DIVÓRCIO COMPETÊNCIA ALTERADA RESOLUÇÃO Nº 023/2007-GP MATÉRIA AFETA AO DIREITO DE FAMÍLIA. As partes litigantes não celebraram a partilha por ocasião do divórcio, de modo que o imóvel objeto da Ação Ordinária continua lhes pertencendo, em comunhão, portanto, deve o procedimento envolvendo o mesmo ser realizado em Vara de Família. (2013.04225924-44, 126.527, Rel. CELIA REGINA DE LIMA PINHEIRO, Órgão Julgador TRIBUNAL PLENO, Julgado em 2013-11-13, Publicado em 2013-11-18) CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DIVÓRCIO. AÇÃO DE PARTILHA DE BENS. DIVÓRCIO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO QUE DECRETOU O DIVÓRCIO. CONFLITO CONHECIDO E PROVIDO. Decretado o divórcio do casal pelo juízo da 7ª Vara de Família é este o competente para julgar ação ordinária de partilha de bens. Conflito conhecido e provido para declarar a competência do juízo suscitado para julgar a ação. (2014.04589278-19, 136.635, Rel. JOSE MARIA TEIXEIRA DO ROSARIO, Órgão Julgador TRIBUNAL PLENO, Julgado em 2014-08-06, Publicado em 2014-08-12)

Diante desses julgados, a Eminente Desembargadora Edinéa Oliveira Tavares, exarou decisão monocrática no Conflito de Competência nº 0457681-07.2016.8.14.0301, em 24.11.2017, pela competência da Vara de Família.

Em vista desse quadro discrepante, entendo que se apresenta o momento para a Seção de Direito Privado, Órgão que passou a ter atribuição para julgar o conflito sobre o tema, desde a vigência do Regimento Interno de 2016, firmar entendimento uniforme, seja para definir a competência para a vara cível ou para a vara de família, privilegiando assim a segurança jurídica e atendendo os ditames do artigo 926 do CPC, segundo o qual “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

A partir dessa introdução, passo a apresentar meu voto para o escrutínio dos demais membros deste Colegiado.

Pois bem, como dito acima, há decisões divergentes no âmbito deste Tribunal sobre a competência para julgar a partilha de bens decorrente de término de relação conjugal, seja casamento ou união estável. Os que se inclinam pela competência da vara de família, o fazem alicerçados na manutenção da comunhão do bem após o fim da relação conjugal; por outro lado, os que defendem a competência da vara cível entendem que, finda a sociedade conjugal, resta a formação de um condomínio sobre os bens, ou seja, uma questão meramente patrimonial que deve ser dirimida pelo juízo cível.

Tendo a me filiar ao entendimento que firma a competência das varas de família. E o faço com base em julgamento do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a existência de conexão substancial entre ação divórcio e ação de partilha posterior. A ementa do precedente foi vazada nos seguintes termos:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE PARTILHA POSTERIOR AO DIVÓRCIO. INCAPACIDADE SUPERVENIENTE DE UMA DAS PARTES. PREVENÇÃO ORIUNDA DE CONEXÃO SUBSTANCIAL COM A AÇÃO DO DIVÓRCIO. COMPETÊNCIA FUNCIONAL DE NATUREZA ABSOLUTA. FORO DE DOMICÍLIO DO INCAPAZ. COMPETÊNCIA TERRITORIAL ESPECIAL DE NATUREZA RELATIVA.

1. Há entre as duas demandas (ação de divórcio e ação de partilha posterior) uma relação de conexão substancial, a qual, inevitavelmente, gera a prevenção do Juízo que julgou a ação de divórcio. 2. A prevenção decorrente da conexão substancial se reveste de natureza absoluta por constituir uma competência funcional.

3. A competência prevista no art. 50 do CPC/15 constitui regra especial de competência territorial, a qual protege o incapaz, por considerá-lo parte mais frágil na relação jurídica, e possui natureza relativa.

4. A ulterior incapacidade de uma das partes (regra especial de competência relativa) não altera o Juízo prevento, sobretudo quando o próprio incapaz opta por não utilizar a prerrogativa do art. 50 do CPC/15.

5. Conflito de competência conhecido para declarar como competente o Juízo de Direito da Vara Cível de Barbacena - MG.

(CC 160.329/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/02/2019, DJe 06/03/2019) (grifei)

No voto condutor do Acórdão, a Eminente Ministra Nancy Andrigli, ressalta o caráter acessório da partilha de bens diante da dissolução da sociedade conjugal a atrair a incidência do artigo 61, do CPC (A ação acessória será proposta no juízo competente para a ação principal). Afirma ainda Sua Excelência que “há uma interligação decorrente da unidade do conflito de interesses, pois a partilha é decorrência lógica do divórcio. Se o legislador permitiu a partilha posterior, não quer dizer que a ação autônoma de partilha não deva ser julgada pelo mesmo Juízo”.

Importante deixar registrado que, no julgado da Corte Superior, o conflito tratava de ações autônomas. A ruptura da sociedade conjugal precedia a partilha de bens.

Ora, se em processos distintos há reconhecimento de conexão entre a pretensão de dissolução de relação conjugal e partilha de bens adquiridos na relação, muito mais presente a conexão quando os pedidos são cumulados na mesma ação.

É o que ocorre no presente caso. Após homologar a dissolução da união estável entre

as partes, o juízo de família se declarou incompetente para prosseguir na condução do processo e determinou a sua redistribuição a uma das varas cíveis.

Assim, em vista da conexão existente entre os pedidos formulados na mesma ação, repito, entendo que a competência para julgar a partilha dos bens deve permanecer com o Juízo de Família.

Ante o exposto, na forma do artigo 957, do CPC, declaro competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Família da Comarca de Ananindeua para permanecer processando e julgar a ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c divisão de bens movida por Leonei Baleixo de Sousa em face de Michele de Freitas Melo (processo n.º 0007497-34.2011.8.14.0006).

Comunique-se a decisão aos juízos em conflito para cumprimento do parágrafo único do artigo 957, do Código de Processo Civil.

É o voto que submeto a reflexão dos Senhores Desembargadores componentes desta Seção de Direito Privado.

Belém, 27 de agosto de 2020.

RICARDO FERREIRA NUNES
Desembargador Relator

Seção de Direito Público

Agravo de Instrumento

Processo nº 0805229-43.2020.8.14.0000 -25
Órgão Julgador: 1ª Turma de Direito Público
Recurso: Agravo de Instrumento
Comarca de origem: Altamira
Agravante: Município de Altamira
Procurador: Diego Renato Barbosa da Silva– OAB/PA 23.690
Agravado: Ministério Público Estadual, Defensoria Público do Estado do Pará e Defensoria Pública da União
Relator: Des. Roberto Gonçalves de Moura

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DE URGÊNCIA COMPELINDO MUNICÍPIO A ADOTAR MEDIDAS EFETIVAS DE ENFRENTAMENTO À COVID-19. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA. INFRINGÊNCIA AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTE DO STF. DECISÃO AGRAVADA QUE HOMENAGEIA O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA TUTELA ESPECÍFICA, BASEANDO-SE EM DECRETOS ESTADUAL E MUNICIPAL. INOCORRÊNCIA DE DECISÃO “ULTRA” E “EXTRA PETITA”. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo **MUNICÍPIO DE ALTAMIRA** visando a reforma da decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de mesmo nome, que, nos autos da AÇÃO CIVIL PÚBLICA (Proc. nº 0801189-03.2020.8.14.0005), deferiu parcialmente o pedido de tutela provisória de urgência e determinou que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o agravante, por intermédio de seu Prefeito Municipal e seus órgãos competentes, adotasse em todo o território do Município o isolamento total (“lockdown”), nos seguintes termos:

DO DISPOSITIVO
Recebo a inicial e emenda da inicial, tendo em vista que estão preenchidos os requisitos do art. 319 do CPC e Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85). Em seguida, com fundamento no art. 300 do Código de Processo Civil e art. 12 da Lei da Ação Civil Pública, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido de tutela provisória de urgência pleiteado pela parte autora, para determinar, que no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o MUNICÍPIO DE ALTAMIRA, por intermédio de seu Prefeito Municipal e seus órgãos competentes, adote em todo o território do município o isolamento total (LOCKDOWN), com adoção das seguintes obrigações: Quantos às medidas de isolamento

total (LOCKDOWN): 1) PROIBIR, por no mínimo 11 (onze) dias, no MUNICÍPIO DE ALTAMIRA, a circulação de pessoas, salvo por motivo de força maior, justificada nos seguintes casos: I – 1 (uma) pessoa para aquisição de gêneros alimentícios, medicamentos, produtos médico-hospitalares, produtos de limpeza e higiene pessoal; II – 1 (uma) pessoa para o comparecimento próprio ou de uma pessoa como acompanhante, a consultas ou realização de exames médico-hospitalares, nos casos de problemas de saúde; III – 1 (uma) pessoa para realização de operações de saque e depósito de numerário; e IV – 1 (uma) pessoa para a realização de trabalho, nos serviços e atividades consideradas essenciais, nos termos do Anexo Único do Decreto Estadual nº 729 de 23/05/2020. 1.1) A suspensão das atividades não essenciais devem se estender, no mínimo, até 07 DE JUNHO DE 2020, sem prejuízo de eventual prorrogação; 1.2) Fica também proibido, durante o período de suspensão, o serviço de entrega domiciliar (DELIVERY) de serviços não essenciais; 2) A limitação de horários referentes às atividades essenciais de gêneros alimentícios, de 06 às 16h, e de feiras livres, das 6h às 12h, fixada no Decreto Municipal nº 1208, de 08.04.2020, permanece válida; 3) LIMITAR E FISCALIZAR a lotação máxima excepcional nos ambientes em funcionamento, da seguinte forma: i - a entrada de pessoas fica limitada a 1 (um) membro por grupo familiar, respeitando a lotação máxima de 50% (cinquenta por cento) de sua capacidade, inclusive na área de estacionamento; ii - distância mínima de 1 (um) metro para pessoas com máscara; iii – oferta contínua de alternativas de higienização (água e sabão e/ou álcool em gel); 3.1) Os estabelecimentos autorizados a funcionar, que desempenhem serviço ou atividade essencial, são obrigados a observar o quanto disposto no item “3”, sob pena de sanção administrativa; 4) VEDAR a circulação de veículos particulares, ressalvados os de uso coletivo e de cargas e nas situações previstas no item “1”; 5) OBRIGAR O USO DE MÁSCARA PELA POPULAÇÃO, quando permitida a circulação, inclusive pelos agentes públicos encarregados de fiscalização e implementação das medidas; 6) COIBIR toda e qualquer reunião, pública ou privada, inclusive de pessoas da mesma família que não coabitem, independentemente do número de pessoas; 7) COIBIR visitas a casas e prédios, exceto pelos seus residentes ou por pessoas que estejam desempenhando atividade ou serviço essencial; 8) ADOTAR de forma progressiva sanções administrativas como advertência, multa, apreensão de bens, a cassação de alvará e licença de funcionamento, o fechamento de estabelecimento comercial, industrial ou similar, tendo como parâmetro mínimo o Decreto Estadual nº 729, em caso de descumprimento das medidas estabelecidas, sem prejuízo de condução à Delegacia de Polícia nestas hipóteses, caso necessário, pelos crimes de infração de medida sanitária preventiva (art. 268 do CP) ou de desobediência (art. 330 do CP), consoante a Portaria Interinstitucional n.º 05, dos Ministérios de Estado da Justiça e Segurança Pública e da Saúde; 9) PROIBIR a

entrada de carros particulares e de pessoas que não comprovem residência no município, ou que não desempenhem trabalho essencial elencado pelo município ou em órgãos que desempenham atividades consideradas essenciais pelo Estado, como Ministérios Públicos, Defensorias Públicas e o Órgãos de Justiça, excetuado o transporte de pessoas para atendimento de saúde, desempenho de atividades de segurança ou no itinerário para o exercício de serviços considerados como essenciais por Decreto Estadual e Municipal. Quanto as medidas de fiscalização: I) FISCALIZAR de forma efetiva o cumprimento das medidas de distanciamento social/lockdown, promovendo a responsabilização administrativa, civil e penal das pessoas e dos estabelecimentos que não seguirem as normas sanitárias, podendo, para tanto, valer-se dos seguintes meios, sem prejuízo de outras providências que se fizerem necessárias: II) UTILIZAR Fiscais da Vigilância e funções análogas com o poder de notificar e autuar, inclusive em parceria com a Polícia Militar, para organizar filas em bancos e correspondentes bancários, bem como fiscalizar o fechamento de estabelecimentos comerciais considerados não essenciais e monitorar o horário de funcionamento e o número de pessoas nos estabelecimentos considerados essenciais, assim como conduzir eventuais descumpridores das normas à Delegacia de Polícia; III) APROVEITAR temporariamente servidores municipais de Altamira/PA que não estejam exercendo suas funções em razão das determinações referentes ao isolamento social, para reforço e auxílio às medidas de fiscalização e de combate à pandemia, conforme Nota Técnica nº 2/2020 do TCM; IV) REQUISITAR força policial, em caso de infração às medidas de restrição social, para apuração da responsabilidade por infração de medida sanitária preventiva (art. 268 do CP) ou de desobediência (art. 330 do CP), consoante a Portaria Interinstitucional n.º 05, dos Ministérios de Estado da Justiça e Segurança Pública e da Saúde, sem prejuízo das sanções de natureza administrativa. V) ORIENTAR os agentes municipais, além daqueles designados para fiscalizar e cumprir as medidas ora impostas, a agir sempre com EQUILÍBRIO, RAZOABILIDADE, COM ÊNFASE NA EDUCAÇÃO E CONSCIENTIZAÇÃO DOS INDIVÍDUOS QUANTO À NECESSIDADE DE ISOLAMENTO SOCIAL; Quanto as medidas de publicidade e transparência: A) Na comunicação social/propaganda/publicidade da Prefeitura, ABORDAR DE FORMA MAIS INCISIVA A LETALIDADE QUE RESULTARÁ DO COLAPSO DO SISTEMA DE SAÚDE, em razão do descumprimento das regras de distanciamento social, e acerca das sanções cabíveis nas mesmas hipóteses; B) DIVULGAR, por todos os meios à disposição no Município (portal da transparência, página no Facebook, sites de informação na internet, grupos de WhatsApp, rádios, televisão etc.) o conteúdo da presente decisão. No prazo de 48h, comprovar o cumprimento do item I e apresentar plano de ação com vistas à implementação imediata do item II e III. Estipulo multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por descumprimento da presente

decisão, a contar da expiração do prazo fixado, sem prejuízo da adoção de outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da presente decisão, inclusive bloqueio judicial e sequestro de verbas públicas (art. 139, IV, CPC) ANEXE-SE a esta decisão o DECRETO MUNICIPAL nº 1802 DE 08.04.2020 e o DECRETO ESTADUAL nº 729 de 23.05.2020. Intime-se o réu para cumprimento da medida ora deferida no prazo assinalado, advertindo-o de que, caso não interponha recurso de agravo de instrumento, a tutela antecipada tornar-se-á estável, na forma do art. 304, § 1º, do CPC. Intime-se pessoalmente o Prefeito Municipal de Altamira e o(a) Secretário(a) de Saúde Municipal, por ofício, com a advertência de que, caso não cumpridas as determinações, no prazo fixado, sofrerão aplicação da multa prevista no artigo 77, §2º, do Código de Processo Civil, por ato atentatório à dignidade da justiça. Comunique-se a Superintendência da 11ª RISP-XINGU, o Comando da Polícia Militar, bem como a Polícia Federal e Rodoviária Federal desta decisão. Frustrada a tentativa de acordo na audiência de justificação, deixo de designar nova assentada para este fim. CITE-SE o réu para contestar o feito no prazo legal (art. 335 c/c art. 183, ambos do CPC/2015). Vindo aos autos resposta, se o réu alegar qualquer das matérias do artigo 337 do CPC/2015, dê-se vista a parte autora para se manifestar no prazo legal, na forma do art. 351 c/c art. 186 do CPC/2015, bem como ao Ministério Público na forma do art. 178 do CPC. Cumpra-se em sede de medidas URGENTES, em caráter de plantão, observadas as orientações da Portaria Conjunta nº 5/2020-GP/VP/CJRM/CJC. Servirá o presente, por cópia digitada, como mandado, nos termos dos Provimentos 003/2009-CJCI, de 05.03.2009, e 003/2009-CJRM, de 22.01.2009, com a redação que lhe deu o Provimento n. 011/2009-CJRM, de 03.03.2009. Publique-se. Intime-se. Cumpra-se

Em suas razões (id. 2142767), história o agravante que a ação ao norte mencionada proposta em seu desfavor tem por objeto a imposição ao Poder Executivo Municipal de realização de “lockdown”, com a alegação de que não estaria realizando atos de proteção à saúde de sua população.

Diz o agravante que houve, desde o início, o comprometimento do Poder Executivo local com o combate a Covid-19. Prova disso é que, em 17 de março do ano em curso, antecipando os danos que a doença poderia causar, editou o Decreto Municipal nº 1.194/2020, adotando medidas de enfrentamento, no âmbito do Município, da pandemia causada pelo mal.

Afirma que dentre as medidas elencadas no Decreto Municipal nº 1.194/2020, constam: a suspensão do atendimento presencial em toda Administração Pública, bem como das aulas e das atividades da rede pública e privada de ensino, além da autorização para realização de quaisquer eventos, reunião ou manifestações com determinado número de pessoas.

Enuncia que, na sequência, no dia 20 de março, foi publicado novo Decreto Municipal

sob o nº 1.195/2020, com novas medidas de enfrentamento da Covid-19, dessa vez suspendendo o funcionamento das atividades não essenciais no Município.

Fala que outros decretos municipais foram publicados com o intuito de preservar a saúde municipal e retardar a transmissão da enfermidade.

Expõe o recorrente ainda que o funcionamento das atividades não essenciais no Município está suspenso desde o dia 20/03/2020, ou seja, há mais de dois meses.

Elenca outras práticas necessárias que vem adotando ao enfrentamento da pandemia, como, por exemplo, disponibilização de contatos telefônicos para esclarecimento da população e ampla campanha de conscientização nas redes sociais sobre a doença, razão pela qual entende não estar omissa quanto ao tema.

Sustenta, também que a decisão agravada viola o princípio da separação de poderes, pois não pode o Judiciário interferir em questão de competência do Poder Executivo, como ocorre na espécie, bem como o decisório seria extra e ultra petita.

Disserta o agravante acerca da plausibilidade do direito, dizendo que a decisão impugnada não observou os requisitos para a concessão da tutela de urgência e afirma a ausência de perigo na demora, pois não existiria fundamentação fática e probatória alguma da suposta alegação de colapso do Sistema de Saúde Municipal ou da omissão do Executivo Municipal.

Postula o conhecimento do recurso, a concessão de efeito suspensivo à decisão guerreada e, por fim, o seu total provimento, nos termos que expõe.

Ao receber o presente recurso (id. 3147989), indeferi o pedido de efeito suspensivo pleiteado pelo agravante, mantendo incólumes os efeitos da decisão agravada.

As contrarrazões do Órgão Ministerial de 1º grau foram apresentadas no id.3211394.

A contraminuta da Defensoria Pública do Estado consta do id.3395369.

A Procuradoria de Justiça, na condição de fiscal da ordem jurídica, no id. 3420877, opinou pelo conhecimento e desprovimento recursal.

No id. 3526375, determinei que fosse certificado a respeito de apresentação ou não de contrarrazões pela Defensoria Pública da União ao presente recurso.

No id. 3872278, foi certificada a ausência de contrarrazões pela Defensoria Pública da União.

É o relato do necessário.

DECIDO.

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço o presente recurso de agravo de instrumento.

No caso em tela, insurge-se o agravante contra decisão proferida pelo juízo de origem que deferiu tutela de urgência em favor dos recorridos e compeliu o agravante a adotar o “lockdown” no Município de Altamira.

Nesse sentido, tem-se que a controvérsia diz respeito à possibilidade de o Judiciário impor à Administração Pública a obrigação de fazer consistente na adoção de medidas médico-sanitárias para o enfrentamento da pandemia decorrente da Covid-19.

Relativamente à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, vale consignar que

a decisão proferida na ADPF 45 MC/DF (DJU de 29.4.2004), confere legitimidade constitucional de controle, possibilitando a intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental.

No caso, analisando os autos originários, extrai-se que o agravante já é réu em outra ACP, esta ajuizada pelo Ministério Público Federal, tombada sob o número 1001241-54.2020.4.01.3903, na qual se discute a flexibilização pelo ora recorrente das medidas de contenção da pandemia que assola o país.

Inicialmente, na ACP em trâmite no juízo federal, houve o indeferimento da liminar, decisão que fora impugnada pelo recurso de agravo de instrumento nº 1009047-15.2020.4.01.0000, de relatoria do Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, que decidiu no sentido de conceder a tutela de urgência, determinado ao ora agravante que restringisse imediatamente o pleno funcionamento do comércio, serviços e atividades não essenciais, de modo que restasse desestimulada a circulação de pessoas em vias públicas e, ainda, que se abstinhasse de flexibilizar as medidas de enfrentamento à pandemia da Covid-19, sem respaldo em dados de saúde pública que avaliassem o momento atual de propagação do vírus e afirmassem a capacidade de suporte do Município para enfrentar a crise em andamento, sem o colapso de seu sistema de saúde e que adotasse, igualmente, as medidas necessárias para a garantia do distanciamento social recomendado pela OMS.

Além disso, nos presentes autos, verifica-se que as medidas mais restritivas adotadas inicialmente pelo ente público municipal não constam mais dos decretos mais recentes, os quais se restringiram em tratar da suspensão das aulas nas redes pública e privada de ensino do Município em questão.

De outra banda, o agravante não traz dados concretos sobre o regular funcionamento do seu sistema de saúde, como, por exemplo, taxa de ocupação dos leitos, não logrando êxito em afastar a conclusão do juízo *a quo* no sentido de que, *verbis*:

o sistema público municipal e estadual de Altamira já se encontra à beira do colapso, na medida em que não há leitos de UTI disponíveis para atendimento de pacientes de COVID-19, ou ainda acometidos de outras enfermidades, que vierem a necessitar do sistema público municipal e estadual de saúde nos próximos dias. Também não há respiradores disponíveis para a população.

Nesse diapasão, a centralidade do valor da dignidade humana no sistema constitucional permite a intervenção judicial para que o núcleo essencial seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação que se encontrem. Assim, contrariamente ao que é sustentado no recurso, não se está diante da violação ao princípio da separação de poderes, tampouco da hipótese de o Judiciário estar ingressando indevidamente na seara reservada à Administração Pública.

Com efeito, a omissão dos poderes constituídos democraticamente autoriza a intervenção do Judiciário na concretização de direitos fundamentais. Isso porque a função ju-

dicante não implica em violação ao princípio da separação de poderes, tampouco à discricionariedade administrativa, conforme, aliás, já assentou o STF, senão vejamos:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1.O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde, dever do Estado, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 2. Agravo regimental não provido. (RE 762242 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 19/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 13-12-2013 PUBLIC 16-12-2013)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 642536 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013)

Assim, diante do quadro fático demonstrado nos autos, não se vislumbra violação ao princípio de separação dos poderes.

No que tange à alegação da decisão agravada ser “ultra” e “extra petita”, não se divisa tais ocorrências, pois tem-se que o decisório atacado homenageia o princípio da primazia da tutela específica, já que determina as medidas necessárias para a efetivação da tutela pleiteada, observando, para tanto, conforme se depreende do decisum, o Decreto Estadual nº 729, de 23.05.2020, o Decreto Municipal nº 1208, de 08.04.2020, este expedido por força de decisão judicial na ACP em trâmite na Justiça Federal, consoante mencionado antes.

Assim, diante da ausência de atualização sobre a atual situação do Município de Altamira frente aos desafios impostos pela multi referida pandemia, é forçoso, considerando o poder geral de cautela, ratificar os termos da decisão liminar de id. 3142952, que reconheceu que os requisitos autorizadores para a concessão de tutela de urgência militam em favor dos agravados, sendo o desprovimento deste recurso medida que impõe.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao presente recurso de agravo de instrumento, mantendo incólumes os termos da decisão agravada.

Servirá a presente decisão como mandado/ofício, nos termos da Portaria nº 3731/2005-GP.

Belém, 27 de outubro de 2020.

Desembargador ROBERTO GONÇALVES DE MOURA
Relator

Processo nº 0803317-11.2020.8.14.0000 (-23)
Órgão Julgador: 1ª Turma de Direito Público
Recurso: Agravo de Instrumento
Comarca de origem: Belém
Agravante: Município de Belém
Agravado: Sindicatos dos Médicos do Estado do Pará
Relator: Des. Roberto Gonçalves de Moura

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR DEFERIDA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU, DETERMINANDO AO AGRAVANTE QUE GARANTISSE O AFASTAMENTO VOLUNTÁRIO DOS MÉDICOS IDOSOS (ACIMA DE 60 ANOS), MÉDICAS GESTANTES E DE TODOS OS DEMAIS MÉDICOS QUE ESTÃO DENTRO DO GRUPO DE RISCO PARA AS COMPLICAÇÕES DA COVID – 19, DAS ATIVIDADES DE ENVOLVAM O CONTATO DIRETO COM PACIENTES JÁ DIAGNOSTICADOS OU SUSPEITOS DE INFECÇÃO POR CORONAVÍRUS, PELO PRAZO MÍNIMO DE 30 DIAS, SEM PREJUÍZO DA REMUNERAÇÃO. MEDIDA QUE, NUM PRIMEIRO EXAME, SURGE NÃO RAZOÁVEL. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO “FUMUS BONI IURIS” E DO “PERICULUM IN MORA”. EFEITO SUSPENSIVO DEFERIDO.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo **MUNICÍPIO E BELÉM** contra decisão proferida pelo juiz titular da 5ª Vara da Fazenda Pública e Tutelas Coletivas da Comarca da Capital, que, nos autos da **AÇÃO PRINCIPAL, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PROVISÓRIA DE CARÁTER ANTECEDENTE**, proc. 0828611-35.2020.8.14.0301, proposta pelo **SINDICATOS DOS MÉDICOS DO ESTADO DO PARÁ**, funcionando na qualidade de substituto processual dos médicos (as) com idade acima de 60 (sessenta) anos, gestantes e em grupo de risco para complicações para a Covid-19, deferiu parcialmente a tutela pleiteada, nos seguintes termos (Id. 2949720, págs. 06/08), “verbis”:

“...
Consoante as razões precedentes, defiro em parte a tutela de urgência reclamada.
Como consectário, determino que o Município de Belém, a partir da intimação, garanta o afastamento voluntário dos médico(a)s idoso(a)s (acima de 60 anos), bem como das médicas gestantes e de todos os demais médico(a)s que estejam no considerado “grupo de risco” para as complicações da Covid-19, das atividades que envolvam o contato direto com pacientes já diagnosticados ou suspeitos de infecção por Coronavírus, pelo prazo mínimo de 30 dias, sem prejuízo de sua remuneração (art. 303 do CPC).
Para o caso de incumprimento desta medida, estipulo multa diária de R\$5.000,00 (cinco mil reais), a contar da intimação, por agora, até o limite

de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).
Obviamente que este Juízo adotar outras medidas para garantir efetividade à decisão.
Por este momento, ficará prejudicada a realização da audiência prevista no art. 334 do CPC.
Cite-se e intime-se o réu, para que tome conhecimento do processo e cumpra a presente decisão.
Nos termos do art. 303, I do CPC, ao autor compete em 15 dias aditar a petição inicial.
Cumprir em regime de urgência.
Belém, 1º de abril de 2020.
RAIMUNDO RODRIGUES SANTANA
Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública e Tutelas Coletivas”

Em suas razões (Id. 2949664, págs. 01/23), o agravante faz breves resumos dos fatos processuais, alegando a ausência dos requisitos necessários para concessão da medida liminar; fala sobre a importância dos profissionais de saúde no combate à pandemia, destacando que desenvolvem atividade essencial; discorre ainda a respeito do risco iminente da profissão que os profissionais da saúde exercem.

Aduz razões para discordar do teor da decisão agravada e que, com isso, não pretende afrontar ou violar o direito à saúde dos profissionais médicos. Pelo contrário, diz que o direito à saúde é de todos e deve ser protegido e que o Município de Belém fará o possível para garanti-lo.

Fala que o trabalho exercido por cada um servidor de seu quadro de saúde passou a ser de extrema relevância diante do cenário pandêmico que assola o País e principalmente o Município de Belém.

Informa que o mundo vive uma pandemia gravíssima do novo coronavírus - Covid-19, e que, segundo estudos feitos pela Universidade Johns Hopkins, renomada instituição universitária americana na área da medicina, até a data da elaboração do recurso interposto, mais de 1.870.076 casos haviam sido confirmados da doença no mundo todo, com mais de 115.286 mortes, atingindo 185 países.

Afirma que o Brasil também foi atingido pela pandemia, e que, segundo dados disponíveis no Ministério da Saúde, existiam cerca de 22.169 casos confirmados, sendo que já ocorreram 1.223 óbitos. Especificamente no Estado do Pará, já se encontram diagnosticados cerca de 259 pacientes e registradas 14 mortes, sucedendo que, desse total, 173 foram diagnosticadas em Belém, conforme informações extraídas do site da Prefeitura Municipal, apontadas através de gráfico ilustrativo.

Com isso, afirma que o cenário mostra um grau expansivo em nível de contaminação, não obstante as medidas de isolamento social adotada pela maioria dos Estados brasileiros, demonstrando que, cada vez mais, é importante o trabalho desenvolvido pelos profissionais médicos com o fito de resguardar a população e, com isso, ser demonstrada a eficiência na prestação do serviço público à saúde. Por esse motivo, explica que foi editado Decreto Federal nº 10.282/2020, regulamentado a Lei Federal nº 13.979/2020, que dispôs

no art. 3º, § 1º, I, que a assistência à saúde, incluídos os serviços médicos e hospitalares, são essenciais e, uma vez não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde e a segurança da população.

Defende a tese de que os profissionais de saúde quando optam por desenvolver essa atividade, assumem relevante missão pública e prestam juramento solene de salvar vidas, mesmo sabendo que, na prática, muitas vezes a sua própria vida estará em risco, dado que isso é inerente ao exercício profissional.

Salienta que a COVID-19 não é a primeira doença infecciosa com grave potencial de disseminação, existindo outras tão ou ainda com maior potencial de propagação e isso jamais impediu o exercício das atividades desses profissionais.

Salienta também a importância desses profissionais prestando serviços nos postos de saúde ou centros de atendimentos, tanto é que, através da edição da Portaria nº 278/2020 a Secretaria Municipal de Saúde convocou, em regime de urgência, todos os servidores dessa Secretaria que estavam no gozo de férias ou licenças para retornarem às suas atividades.

Frisa que, segundo informações prestadas pela Secretaria Municipal de Saúde, o Município de Belém tem 549 médicos ativos prestando serviços nas unidades de saúde, sendo que, desse total, 140 estariam incluídos entre os maiores de 60 anos, não tendo, até o presente momento, como informar quanto aos demais que estariam inseridos no grupo de risco (gestante de alto risco e portadores de algumas doenças potencialmente propensas a desempenhar o modo mais grave da COVID-19).

Nesse sentido, fala que os médicos maiores de 60 anos que optassem por se afastar do serviço, como foi determinado pelo juízo, na prática isso representaria cerca de 25% do total dos profissionais contratados, ou seja, 1/4 dos médicos dos hospitais e postos de saúde, circunstância é considerável diante da grave crise que assola o País e o Município.

Menciona que a recomendação descrita na Nota Técnica nº 04/2020 da ANVISA não estabeleceu o afastamento de profissionais de saúde com idade superior a 60 anos, nem tampouco gestantes, mas apenas restringiu a atuação daqueles que possuem doença respiratória aguda, não falando em afastamento voluntário em nenhum momento.

Cita decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que acolheu o recurso do Estado de São Paulo, reconhecendo que não deveriam ser afastados os profissionais de saúde da atividade presencial, suspendendo, com isso, a decisão judicial que havia sido deferida pelo juízo da 58ª Vara de São Paulo, proferida nos autos do processo nº 1000843-68.2020.5.02.0000.

Cita também trechos relevantes da decisão proferida nos autos do processo nº 0708071-18.2020.8.02.0001, da Justiça Alagoana.

Finaliza expondo que é o Município de Belém quem deve analisar caso a caso a melhor forma de realizar a preservação dos profissionais sem comprometer a prestação do serviço público essencial, requerendo, por conseguinte, a título de efeito suspensivo, a reforma integral da decisão agravada, mantendo-se integralmente os termos do Decreto Municipal nº 95.955/2020, inclusive com as modificações Decreto Municipal nº 95.960/2020, assegurando a prestação de serviços por todos os médicos; alternativamente, requer a possibilidade de realocação dos médicos que estejam no grupo de risco, para desempenharem

atividades que não estejam diretamente ligadas ao enfrentamento da pandemia.

No mesmo sentido, requer o conhecimento e o provimento do recurso

Junta documentos.

Os autos foram distribuídos à minha relatoria (Id. 2951308).

É o relatório do essencial.

DECIDO.

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, uma vez que tempestivo e dispensado de preparo e, estando a matéria tratada inserida no rol das hipóteses previstas no art. 1.015 do NCPC/2015, conheço o presente recurso de agravo de instrumento.

O Novo Código de Processo Civil/2015 em seu art. 1.019, inciso I, assim prevê:

“Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I – Poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;” (grifo nosso)

Pois bem, para o deferimento ou não do efeito suspensivo em sede de agravo de instrumento deve-se aplicar, analogicamente, os requisitos previstos no art. 1.012, § 4º, do NCPC, que assim estabelece:

“Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.”

Conforme se extrai do supratranscrito artigo, para a concessão do efeito suspensivo, o relator deverá observar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

No caso, tem-se que a insurgência do agravante se volta contra decisão concessiva de tutela de urgência que determinou o afastamento provisório de profissionais médicos, maiores de 60 anos, gestantes e outros inseridos no grupo de risco, sem prejuízo do recebimento da remuneração, pelo período de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária até o limite de R\$100.000,00 (cem mil reais).

Analisando-se os autos, observa-se que, inicialmente, o agravante editou o Decreto Municipal nº 95.955, no dia 18/03/2020, declarando “situação de emergência no âmbito do Município de Belém para enfrentamento preventivo da pandemia de coronavírus declarada pela Organização Mundial de Saúde – MS”, aduzindo no art. 5º, “caput”, que incentivaria a prática do teletrabalho em todos os seus órgãos e entidades para as pessoas inseridas

no grupo de risco, “*verbis*”:

“Art. 5º Durante a vigência deste Decreto, a Administração Pública Municipal incentivará a prática do teletrabalho em todos os seus órgãos e entidades, especialmente aos servidores que tenham idade maior ou igual a 60 (sessenta) anos, portadores de doenças crônicas, doenças cardiovasculares, câncer, diabetes, hipertensão ou com imunodeficiência e gestantes, devidamente comprovadas por atestado médico validado pelo Instituto de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos do Município de Belém – IASB.”

No entanto, mais à frente, novo decreto foi expedido, o de nº 95.960/2020, excluindo, com o acréscimo do parágrafo único ao art. 5º no decreto anterior, o direito dos profissionais médicos, dentre outros, se afastarem do exercício das suas atividades, nos seguintes termos, “*verbis*”:

“Art. 5º ...
Parágrafo único. **O disposto no caput não se aplica aos servidores e profissionais que desempenham atividades nas áreas de saúde**, segurança ou de outras atividades consideradas essenciais pelo órgão ou entidade” (grifei)

Tal circunstância despertou a insurgência judicial daqueles inseridos no grupo de risco, a exemplo dos maiores de 60 anos, gestantes e portadores de outras doenças, que, através do respectivo Sindicato, ora agravado, requereram e obtiveram medida tutelar antecipada possibilitando o afastamento provisório remunerado pelo período de 30 (trinta) dias.

A respeito da situação ventilada neste recurso, não se deve olvidar que todos, indistintamente, diante da pandemia instaurada no planeta, correm risco de vida e medidas restritivas têm que ser tomadas pelos governantes visando minorar a situação de calamidade que por certo se instauraria acaso essas providências não fossem adotadas, tal como o isolamento social, suspensão do trabalho presencial etc.

No entanto, é certo que determinados grupos profissionais, que exercem atividades essenciais, a exemplo dos médicos, os quais, como é indubitável, desempenham papel de fundamental relevância no combate da pandemia que vem assolando nosso País, nosso Estado e o Município de Belém, não podem ser beneficiados com o afastamento do trabalho neste momento de crise.

Com efeito, ao se consumir o afastamento, seriam inúmeros os percalços que teria que enfrentar o serviço de saúde pública do Município de Belém, ante a diminuição do quadro de profissionais médicos. Afora isso, não se pode esquecer que o mister desempenhado por esses profissionais faz parte daqueles serviços públicos, tidos como atividades essenciais, indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, ou seja, daqueles que uma vez não atendidos colocam em risco a sobrevivência, a saúde

e segurança da população, como muito reza o Decreto Federal nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, em seu art. 3º, § 3º, inciso I.

Reproduzo, a seguir, o dispositivo acima invocado:

“Art. 3º As medidas previstas na Lei nº 13.979, de 2020, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais a que se refere o § 1º.

§ 1º São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como:

I - assistência à saúde, incluídos os serviços médicos e hospitalares;
...”

Nesse passo, segundo informações prestadas pelo agravante, há cerca de 549 (quinhentos e quarenta e nove) médicos prestando serviços em diversas unidades de saúde no Município de Belém e, desse total, 140 (cento e quarenta) estão incluídos entre os maiores de 60 (sessenta) anos, ou seja, aproximadamente 25%, de acordo com a listagem nominal que se encontra anexa nos Ids. 2949722 a 2949726 destes autos eletrônicos.

Dos 409 (quatrocentos e nove) médicos restantes, possivelmente haverá aqueles que se enquadrarão como gestante ou em algum grupo de risco, diminuindo sobremaneira a quantidade do efetivo ativo no combate direto da COVID-19, o que repercutirá fatalmente na prestação do serviço público essencial de saúde à coletividade.

Sendo assim, entendo que a conveniência particular, nesta hora de caos, precisa ser relevada, devendo prevalecer, sem sombra de dúvida, o interesse de toda a população, que não poderá ficar desassistida desses profissionais médicos, os quais, necessário se diga, desempenham labor em que o risco da atividade é imanente da profissão que exercem.

Desse modo, não se mostra razoável e proporcional, na atual conjuntura, adotar medidas que venham resultar na redução de profissionais médicos do quadro de pessoal do recorrente, considerando-se que são, repita-se, peças essenciais para o combate do mal que nos açoita.

Quanto aos possíveis riscos ínsitos na atuação daqueles profissionais enquadrados no chamado “grupo de risco”, sem menosprezo da dor, medo ou sentimento de pavor de quem quer seja, não se pode esquecer que há de prevalecer, consoante já reportado, o maior interesse da coletividade, porquanto a assistência à saúde, incluído os serviços médicos e hospitalares, faz parte do núcleo atividade essencial, que se não for observada coloca em risco a vida da população em geral, fato que reforça a importância e inevitabilidade da atividade profissional dessa classe em tempos de pandemia.

Nesse diapasão, diante dos termos da exposição supra, entendo que o requisito da probabilidade do direito invocado se encontra preenchido.

No que tange ao “*periculum in mora*”, conforme já dito e repetido, deve prevalecer

o interesse da coletividade quando estiver em choque com interesses particulares, de modo que o afastamento dos profissionais médicos do serviço pelo período concedido pelo juízo de origem mostra-se uma medida não razoável, considerando-se o efeito catastrófico que tal providência poderá causar ao sistema de saúde municipal, e que, por certo, contribuirá mais ainda para a disseminação da pandemia entre os belenenses, cujo vírus é premente e real, motivo por que entendo que esse requisito também surge preenchido na espécie.

Ante o exposto, DEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO requerido, suspendendo integralmente os efeitos da decisão agravada, até ulterior deliberação.

Estabeleço que competirá ao Município de Belém analisar, caso a caso, a melhor forma de realizar a preservação dos profissionais médicos de seu quadro.

Informe-se o juízo de origem o teor desta decisão.

Intime-se a parte agravada para apresentar contraminuta ao presente recurso, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender necessárias.

Estando nos autos a resposta ou superado o prazo para tal, vista a Procuradoria de Justiça.

Publique-se. Intimem-se.

À Secretaria para as providências cabíveis.

Servirá a presente decisão como mandado/ofício, nos termos da Portaria nº 3731/2015 – GP.

Belém, 15 de abril de 2020.

Desembargador ROBERTO GONÇALVES DE MOURA
Relator

Apelação Cível

Processo nº 0422724-77.2016.814.0301
Secretaria 1ª Turma de Direito Público
Recurso: Apelação Cível
Apelante: Cleomar Carneiro de Moura
Apelado: Caixa Econômica Federal
Relator: Des. Roberto Gonçalves de Moura

- EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL - PROCEDIMENTO DE SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA - OFICIAL CARTORÁRIO - ILEGITIMIDADE RECURSAL - ARTIGO 202 DA LEI Nº 6.015/73 - NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO - DECISÃO UNÂNIME.
1. O oficial registrador não detém legitimidade para interpor recurso de apelação contra sentença proferida em suscitação de dúvida, a teor do art. 202, parágrafo único, da Lei 6.015/73.
 2. Incumbe ao Oficial do Registro de Imóveis tão-somente o cumprimento da ordem judicial, porquanto lhe compete agir no estrito cumprimento dos deveres que lhe são impostos no art. 30 da Lei 8.935/94.
 3. Recurso não conhecido. À unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, não conhecer o recurso de apelação cível, tudo nos termos do voto do Desembargador relator.

Plenário Virtual da 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, no período de quinze a vinte e dois de junho de dois mil e vinte.

Turma Julgadora: Desembargadores Ezilda Pastana Mutran (Presidente), Roberto Gonçalves de Moura (Relator) e Maria Elvina Gemaque Taveira (membro).

Belém, 22 de junho de 2020.

Desembargador ROBERTO GONÇALVES DE MOURA
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR):

Trata-se de **APELAÇÃO CÍVEL** interposta por **CLEOMAR CARNEIRO DE MOURA – OFICIAL DO 1º REGISTRO DE IMÓVEIS** em face da sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível e

Empresarial da Comarca de Belém/PA nos autos da **SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA**, apresentada pelo apelante em face da **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**, que assim decidiu (id nº 594460):

“Em sendo assim, por está firme nessas razões, julgo improcedente a Suscitação de Dúvida proposta pelo Oficial do Cartório de Imóveis do 1º Ofício, devendo o mesmo proceder a intimação sem a cobrança de custas e emolumentos, com fulcro na Lei 9514/97, art. 26, §3º e art. 909 do Código de Normas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.”

Inconformado, o autor interpôs o presente recurso de apelação (id nº 594462) em que relata os fatos, esclarecendo que a demanda trata-se de uma suscitação de dúvida, cujo objeto cinge-se em saber sobre a legalidade ou não da exigência de emolumentos a serem pagos pelo credor fiduciário quando da apresentação do título vencido para notificação do devedor fiduciante perante o serviço registral imobiliário e, este, promover a notificação via serviço registral de títulos e documentos.

Explica que a sentença pautou a improcedência do pedido em um suposto impedimento do SRI proceder a cobrança de emolumentos cartorários em razão da opção de intimação do devedor fiduciante e inadimplente por SRTD, haja vista que a relação havida neste caso seria entre o Cartório de Registro Imobiliário e o Cartório de Registro de Títulos e Documentos, e não entre este último e o credor fiduciário requerente da intimação do devedor, pelo que seria incabível a cobrança de quaisquer valores.

Destaca a necessidade de reforma da sentença, visto que o entendimento firmado gera um perigoso precedente capaz de tornar gratuito os serviços prestados pelos Cartórios de Registros Públicos, que no fim lesaria o erário nacional, confrontando a Constituição.

Destaca que as serventias exercem atividade por delegação do poder público e, por essa razão, as custas e emolumentos devidos aos serventuários seriam uma contraprestação do serviço que o Estado presta aos particulares.

Explica que os valores obtidos com a cobrança das taxas e emolumentos são destinados à manutenção do serviço público cartorário e não simplesmente para remunerar o serventuário.

Acrescenta que tendo em vista as várias destinações dos emolumentos, as custas e emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviço público. Por esse motivo, a supressão ou isenção da cobrança de emolumentos deve advir de lei federal.

Destaca a previsão constante no art. 4º da Lei 8.112/90 e art. 14 da Lei Complementar nº 101/2000.

Acrescenta que há razões suficientes para demonstrar a imposição legal da cobrança de emolumentos pelos serviços registrais e notariais e o dever de pagamento destes custos pela parte interessada (art. 26 e ss da Lei 9514/97, art. 14 da Lei federal do Registros Públicos - 6.015/73 e art. 28 da Lei 8935/94).

Resume os fatos afirmando que são totalmente desarrazoados os fundamentos expostos na sentença que deduzem que se a faculdade de optar pelo serviço do Oficial de

Registro de Títulos e Documentos é do Oficial de Registro de Imóveis, o dever de arcar com o ônus de tais emolumentos seriam dele e tais ônus prévios não seriam de responsabilidade do credor (requerente interessado na intimação).

Ao final, requer o conhecimento e provimento do presente recurso para que seja reformada a sentença e julgada procedente a suscitação de dúvida.

O Ministério Público apresentou contrarrazões (id nº 594464) pugnando no sentido de que a apelação fosse julgada desprovida.

Os autos vieram remetidos a esse Egrégio Tribunal de Justiça.

A então relatora, Desa. Maria do Céu Maciel Coutinho, recebeu o recurso de apelação em seu duplo efeito (id nº 650999).

A Procuradoria de Justiça, na qualidade de custos legis, manifestou-se pelo não conhecimento do recurso, ante a ilegitimidade do apelante para recorrer ou, caso assim não se entendesse, pelo desprovimento do recurso (id nº 726770).

Os autos vieram redistribuídos à minha relatoria (id nº 2004897).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBERGADOR ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR)

Cuida-se de apelação em face da sentença proferida pelo juízo de Direito da 6ª Vara Cível e Empresarial da Comarca de Belém que, no procedimento de dúvida suscitado por Cleomar Carneiro de Moura, ora apelante, julgou improcedente a dúvida suscitada, não reconhecendo a possibilidade de cobrança prévia de emolumentos do credor fiduciário.

DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE RECURSAL SUSCITADA PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA.

A Procuradoria de Justiça, em parecer exarado na qualidade de custos legis, com fulcro no art. 202 da Lei 6.015/73, argui preliminar de ilegitimidade do Oficial de Registro de Imóveis para recorrer da sentença exarada em procedimento de suscitação de dúvida.

Pois bem, o procedimento de suscitação de dúvida encontra-se regulamentado pelos arts. 198 e seguintes da Lei 6.015/73.

Segundo Walter Ceneviva, “a dúvida é pedido de natureza administrativa, formulado pelo oficial, a requerimento do apresentante de título imobiliário, para que o juiz competente decida sobre legitimidade da exigência feita, como condição de registro pretendido” (Lei dos registros públicos comentada, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 346).

O § único do art. 202 da LRP, por sua vez, estabelece que, da sentença proferida em suscitação de dúvida, poderão interpor apelação o interessado, o Ministério Público e o terceiro prejudicado. Confira-se:

Art. 202. Impugnada a dúvida, o Juiz proferirá a sentença no prazo de cinco (5) dias, com os elementos constantes dos autos.

Parágrafo único. Da sentença poderão interpor recurso de apelação, com ambos os efeitos o interessado, o Ministério Público e o terceiro prejudicado.

Nesse contexto, considerando o disposto no parágrafo único do art. 202 da Lei 6.015/73 acima transcrito, forçoso reconhecer que o oficial registrador não detém legitimidade para interpor recurso de apelação contra a sentença proferida em processo de dúvida, pois, uma vez decidida a questão pelo Poder Judiciário, incumbe ao oficial tão-somente o cumprimento da ordem judicial, não sendo admissível que venha, por meio deste instrumento, defender direito ou interesse próprio, uma vez que deve cumprir o dever que lhe é imposto no art. 30 da Lei 8.935/94.

A propósito, a lição a despeito de Walter Ceneviva:

“A neutralidade do oficial - No processo de dúvida o juiz não fica adstrito à declaração do serventuário. A dúvida não contém pedido do oficial, mas o fornecimento dos elementos constantes dos livros de seu cartório, como fatos jurídicos relevantes para o registro pretendido e retardado, acompanhados de exposição neutra, em face de sua indiferença no acolhimento ou rejeição. A decisão não repercutirá na esfera do direito do oficial, que age no exercício de função atribuída por lei” (op. cit. p. 355).

No mesmo sentido, já se manifestou a jurisprudência dos nossos Tribunais Pátrios:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - REGISTRO PÚBLICO - DÚVIDA INVERSA - OFICIAL DO CARTÓRIO - ILEGITIMIDADE RECURSAL - NÃO CONHECER DO RECURSO. O oficial do cartório de registro de imóveis não possui legitimidade para interpor recurso contra decisão a sentença que acolhe o pedido lançado em procedimento de dúvida inversa. (TJMG - Apelação Cível 1.0480.15.016176-2/001, Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/08/2018, publicação da súmula em 31/08/2018).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - REGISTRO CIVIL - DÚVIDA - ILEGITIMIDADE RECURSAL DO OFICIAL DE REGISTRO - NÃO CONHECIMENTO DO APELO. Carece o Oficial do Registro Civil de legitimidade para a interposição de apelação em face de sentença prolatada em decorrência de dúvida registral, eis que não elencado como legitimado nos termos do art. 202 da Lei n.º 6.015/1973, sendo certo que não se insere no conceito de terceiro prejudicado, pois ao suscitar a dúvida apenas cumpre o dever que lhe é imposto pelo art. 30 da Lei n.º 8.935/1994. (TJMG - Apelação Cível 1.0132.15.001769-8/001, Relator(a): Des.(a) Peixoto Henriques, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/11/2017, publicação da súmula em 27/11/2017).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA - OFICIAL REGISTRADOR - ILEGITIMIDADE RECURSAL - APLICAÇÃO DO ART. 202 DA LEI Nº 6.015/73 - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA.

1. Nos termos da interpretação do art. 202 da Lei Federal nº 6.015/73, o Oficial do Registro de Imóveis não tem legitimidade para recorrer de sen-

tença proferida em procedimento de dúvida.

2. Recurso não conhecido. (TJMG - Apelação Cível 1.0461.15.006742-3/001, Relator(a): Des.(a) Audebert Delage, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/04/2017, publicação da súmula em 28/04/2017).

Ante o exposto, acolho a preliminar suscitada pelo Ministério Público e, consequentemente, NÃO CONHEÇO do recurso de apelação interposto.

É o voto.

Servirá a presente decisão como mandado/ofício, nos termos da portaria nº 3.731/2015-GP.

Belém, 22 de junho de 2020.

Desembargador ROBERTO GONÇALVES DE MOURA
Relator

PROCESSO Nº 0048143-67.2016.8.14.0301
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO
RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA: CAPITAL (1ª VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE)
APELANTE: N.J.P.F. (ADVOGADO ODILARDO JOÃO VARELA CARDOSO – OAB/PA N.º 15.389)
REPRESENTANTES: TONILDO DOS SANTOS PINHEIRO E CARLA GLENDA LEITE FARIAS)
APELADO: ROSA MARIA POMPEU FONSECA (DEFENSOR PÚBLICO CARLOS EDUARDO BARROS DA SILVA)
PROCURADORA DE JUSTIÇA: MARIZA MACHADO DA SILVA LIMA
RELATOR: DES. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO

EMENTA: APELAÇÃO CIVIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. ADOÇÃO PÓSTUMA. POSSIBILIDADE. ADOTANTE QUE INICIOU O PROCEDIMENTO DE HABILITAÇÃO À ADOÇÃO, MANIFESTANDO INEQUIVOCAMENTE A VONTADE DE ADOTAR O ADOTANDO ANTES DE SEU ÓBITO. POSSE DO ESTADO DE FILHO CONFIGURADO. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. PRECEDENTES DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores, integrantes da 2ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.
Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Nadja Nara Cobra Meda.

Belém (PA), 10 de fevereiro de 2020.
DES. **LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO**
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de **APELAÇÃO CÍVEL** interposta por **N.J.P.F.**, representado por seus guardiões **TONILDO DOS SANTOS PINHEIRO E CARLA GLENDA LEITE FARIAS**, em face da decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital, nos autos da Ação de Adoção Póstuma.
Por meio da decisão apelada, o Juízo de Piso julgou improcedente o pedido de Adoção Póstuma, por entender que não estavam presentes os requisitos legais para esse fim.
Irresignado, o apelante interpôs o presente recurso no qual alega que o estado de filiação entre adotante e adotando era nítido e notório, tendo a Sra. Nilda dos Santos Pi-

nheiro (adotante), apresentado o menor recorrente, ainda recém-nascido, à família “*como seu filho pretendido à Adoção, cuja mãe intentava entregá-lo a terceiros, pois se dizia sem motivação e condições de cria-lo, e que sua regularização se daria em breve*”.

Afirma que na data de 11/02/2014 a pretensa adotante ajuizou o pedido de habilitação à adoção, deixando, na ocasião, consignado a intenção de adotar o menor recorrente e regularizar sua situação, contudo, antes de sua conclusão, na data de 02/06/2014, a mencionada veio a óbito, decorrente de complicações renais.

Sustenta que no decorrer do processo ficou incontestado a vontade inequívoca da apelante em adotar o menor e o vínculo mãe-filho entre ambos, mesmo que por poucos meses devido ao seu óbito, como se verifica das fotografias anexadas aos autos, carteira de vacinação do menor e demais documentos.

Outrossim, salienta que o menor já se encontra integrado no seio da família da adotante desde o seu nascimento, tendo como guardiões, ora representantes, o irmão e a cunhada da pretendente, sendo irrelevante qualquer vínculo de consanguinidade, uma vez que o afetivo já se encontra consolidado.

Assevera que a “*própria equipe multidisciplinar da 1ª Vara da Infância e Juventude registrou e relatou a existência da convivência familiar como ‘Mãe e Filho’*” entre adotante e adotando, destacando alguns trechos do relatório psicossocial.

Ressalta que “*não há outra referência familiar ao adotando se não a adotante, mesmo falecida, pois com esta há uma história, e seus familiares, com quem convive o adotando*” e que, “*por outro lado, infelizmente, não se tem conhecimento até o presente momento da origem biológica materna ou paterna do adotando, não se tendo conhecimento de quem são ou qual sua referência na sociedade com exceção da adotante Nilda dos Santos Pinheiro e sua família*”.

Diante desse cenário, aduz que não há dúvida de que estão preenchidos os requisitos legais para o provimento do recurso, com a consequente procedência da adoção *post mortem*, já que restam demonstrados a relação de afeto, o vínculo mãe-filho, bem como o conhecimento público dessa relação e, sobretudo, é o que melhor atende o Princípio do Melhor Interesse da Criança.

Em contrarrazões, a apelada, por meio da Defensoria Pública na qualidade de curadoria de ausentes, pugna pelo improvimento do recurso.

Por meio da decisão de ID NUM 2558485 o Juízo de primeiro grau manteve os termos da sentença.

Remetidos a esta Superior Instância, os autos vieram-me distribuídos, ocasião em que recebi o recurso em seu duplo efeito, bem como determinei sua remessa ao parecer do custos legis.

Nessa condição, a Procuradora de Justiça Mariza Machado da Silva Lima manifesta-se pelo conhecimento e improvimento do apelo.

Assim instruídos, retornaram-me os autos conclusos.

É o relatório. Para inclusão em pauta na sessão do dia 10 de fevereiro de 2020.
Belém, 23 de janeiro de 2020.

DES. **LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO**
RELATOR

VOTO

O recurso preenche todos os requisitos para sua admissibilidade, principalmente porque seu manejo apresenta-se tempestivo e de acordo com hipótese prevista na lei processual civil.

De início, e sem delongas, afirmo que a diretiva combatida merece reparos, pelos motivos que passo a demonstrar.

Compulsando os autos, verifico que, pelos documentos colacionados, especialmente do registro fotográfico anexado, que mesmo por lapso temporal não muito grande, a pretensa adotante e o adotando criaram vínculo de filiação socioafetiva, cujos referidos registros ilustram essa condição.

Durante o tempo de convivência, adotante e adotando foram apresentados à sociedade como mãe e filho, sendo inegável, de igual forma, a intenção inequívoca de Nilda dos Santos Pinheiro em regularizar a situação do menor, que já estava em sua guarda de fato desde o nascimento, como se vê da declaração de ID Num. 2558476, Pág. 58 e do requerimento apresentado ao Juízo da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca da Capital.

Entretanto, como se constata do relatório, antes da conclusão do procedimento de habilitação da adoção, a adotante veio à óbito, porém, seus familiares deram prosseguimento em sua vontade de legitimar o menor adotando como filho.

A adoção póstuma é prevista expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 42, § 6º, desde que haja manifestação inequívoca da vontade do adotante e tenha se iniciado o procedimento de adoção.

É bem verdade que, no caso concreto, a adotante ainda estava em um procedimento anterior ao processo de adoção, qual seja o de habilitação para se candidatar a ela, contudo, os Tribunais pátrios têm flexibilizado essa regra, inclusive o E. Superior Tribunal de Justiça está, progressivamente, evoluindo sua jurisprudência no sentido de possibilitar a adoção póstuma quando ficar caracterizada a convivência, a relação de afetividade e a intenção inequívoca da adoção, circunstâncias as quais, indubitavelmente encontram-se presentes.

Tenho como certo, de igual forma, presentes os requisitos do artigo 43 do antes mencionado Estatuto, pois diante de todo o quadro apresentado, qual seja o de que não se sabe quem são os familiares biológicos do menor, bem como a mãe ter entregue a criança, ainda recém-nascida, para a adotante para fins de adoção (ID Num. 2558476, Pág. 54) e, sobretudo, o laço de afetividade estabelecido entre os parentes dessa, eis que desde a mais tenra idade convive com eles, inclusive são os que detêm sua guarda, prejuízo ao infante seria encerrar esse vínculo.

É inegável que a permanência com a família da pretensa adotante, com quem a criança, desde o nascimento, convive e criou laços, é a medida que melhor atende aos reais interesses do menor e ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois, caso contrário, seria o mesmo que lhe negar o direito a ser criado e cuidado no seio de uma família que ele reconhece como sua e que está lutando para que assim permaneça, com o deferimento da adoção póstuma.

Nesse cenário, considero que os elementos colacionados aos autos demonstram, de forma concreta e com inegável certeza, que se estabeleceu a filiação socioafetiva mãe-fi-

lho entre adotante e adotando, sendo esta a realidade familiar e social do menor, devendo tais vínculos serem consolidados.

Assim, trago à colação os seguintes precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça, aos quais me filio integralmente:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. ADOÇÃO PÓSTUMA. INEQUÍVOCA VONTADE. REVISÃO. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA -, ao preconizar a doutrina da proteção integral (art. 1º da Lei nº 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança.

3. É possível o deferimento da adoção póstuma, mesmo que o adotante não tenha dado início ao processo formal, desde que presente a inequívoca vontade para tanto.

4. Na hipótese, rever as conclusões do tribunal de origem, que vislumbrou os requisitos para a configuração da vontade de adoção da menor pelo falecido, encontra o óbice da Súmula nº 7/STJ.

5. Agravo interno não provido.” (grifei) - (STJ – AgInt no REsp 1667105/RJ, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe 17/10/2019)

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO PÓSTUMA. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VONTADE DO ADOTANTE. INEXISTÊNCIA. LAÇO DE AFETIVIDADE EM VIDA. DEMONSTRAÇÃO CABAL.

1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

2. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.

4. Recurso especial conhecido e provido.” (grifei) (REsp 1.663.137/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 22/08/2017).

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA. ARTS. 33, § 2º, E 35 DO

ECA. INSTITUTO AUTÔNOMO. ASSISTÊNCIA DEVIDA. ADOÇÃO POST MORTEM. INEQUÍVOCA VONTADE. INEXISTÊNCIA. REQUISITOS. SÚMULA Nº 7/STJ.

- 1. A guarda é considerada a modalidade mais simples de colocação da criança em família substituta, podendo atender a situações peculiares, temporárias ou mesmo suprir a falta eventual dos pais ou do responsável, o que não se confunde, necessariamente, com uma medida de preparação para futura adoção.
- 2. Há uma escala ascendente de intensidade na colocação em família substituta em relação à guarda, à tutela e à adoção, institutos específicos para tratar de situações diversas.
- 3. O bom exercício do munus assumido em decorrência da guarda de uma criança, devidamente assistida material, moral e educacionalmente, não se confunde com a assunção da plena filiação, objeto de procedimento próprio de adoção, sob pena de não se justificar a existência do instituto autônomo.
- 4. **É possível o deferimento da adoção póstuma, mesmo que o adotante não tenha dado início ao processo formal para tanto, desde que presente a inequívoca vontade para tanto.**
- 5. Rever as conclusões do Tribunal de origem que afastou os requisitos para a configuração da adoção por ausência do vínculo de filiação encontra óbice formal no teor da Súmula nº 7/STJ.
- 6. Recurso especial não provido.” (grifei) (REsp 1.593.656/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe de 16/08/2016).

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO PÓS-TUMA. SOCIOAFETIVIDADE. ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE. ART. 42, § 6º, DO ECA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. MAGISTRADO COMO DESTINATÁRIO DAS PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

1. A socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem”.

2. **A comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, prevista no art. 42, § 6º, do ECA, deve observar, segundo a jurisprudência desta Corte, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.**

3. **A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais,**

como a regular adoção, a verdade real dos fatos.

- 4. A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, restou atestada pelas instâncias ordinárias.
- 5. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (art. 130 do CPC) permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias.
- 6. Recurso especial não provido.” (grifei) (REsp 1.500.999/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 19/04/2016)

Por outro lado, e não menos importante, cumpre enfatizar que retirar a criança do seio familiar em que vem sendo criada desde o seu nascimento até hoje, mais de 06 anos depois, indeferindo a maternidade póstuma à adotante, importa em colocar esse infante em um abrigo, com reduzidas chances de ser reinserido em outra família que a queira e a ame como a atual, já que nem se tem notícias de sua família biológica.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao presente recurso, para que seja reconhecida a adoção póstuma da criança **N.J.P.F.** a Nilda dos Santos Pinheiro.

É como voto.

Belém, 10 de fevereiro de 2020.

DES. **LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO**
RELATOR

PROCESSO Nº 0001206-60.2019.8.14.0085
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO
RECURSO: APELAÇÃO
COMARCA: INHANGAPI (VARA ÚNICA)
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL (PROMOTORA DE JUSTIÇA TATIANA FERREIRA GRANHEN)
APELADO: MUNICÍPIO DE INHANGAPI (ADVOGADA GEORGETE ABDON YAZBEK)
PROCURADOR DE JUSTIÇA: WALDIR MACIEIRA DA COSTA FILHO
RELATOR: DES. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FECHAMENTO DE ESCOLAS RURAIS. PROJETO DE NUCLEAÇÃO ESCOLAR. INOCORRÊNCIA DE PRÉVIA CONSULTA ÀS COMUNIDADES IMPACTADAS. INEXISTÊNCIA DE OITIVA DE ESPECIALISTAS. EVIDENTE PREJUÍZO ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES INSERIDOS NA REDE MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, SOBRETUDO QUILOMBOLAS E RIBEIRINHOS. DESRESPEITO À LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO E AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, BEM COMO DA RESOLUÇÃO N.º 485/2009, DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO À UNANIMIDADE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da 2.ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, CONHECER e DAR PROVIMENTO RECURSO, nos termos do voto do Desembargador Relator.
Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador José Maria Teixeira do Rosário.
Belém (PA), 15 de março 2021.

Des. **LUIZ** GONZAGA DA COSTA **NETO**
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de **APELAÇÃO CÍVEL** interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**, em face de decisão proferida pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Inhangapi, nos autos da Ação Civil Pública ajuizada em desfavor do **MUNICÍPIO DE INHANGAPI**, nos termos do seguinte dispositivo:

“Ante o exposto, indefiro o pedido inicial no que se refere à ilegalidade do ato de efetivação do projeto de nucleação do ensino municipal, por estar

devidamente conformado com a norma vigente, e, julgo o processo, neste ponto, com resolução de mérito nos termos do art. 487, I do CPC. Em relação ao pedido de ilegalidade formal do ato, por descumprimento do art. 41 da resolução 485/2009 do CEA/PA, declaro a inexistência do interesse processual pelo não exaurimento da via administrativa exarada em norma, e, julgo o processo sem resolução de mérito nos termos do art. 485, VI do CPC. Em relação a impugnação do mérito do ato de gestão em questão, reconheço se tratar de política pública, nos limites de discricionariedade do gestor, sem possibilidade de intervenção judicial, em respeito ao princípio de separação dos poderes, e, julgo o processo sem resolução do mérito nos termos do art. 485, VI do CPC por falta de interesse processual em relação a adequação do pedido.”

Consta dos autos que o apelante ajuizou a mencionada Ação Civil Pública em virtude de o recorrido, para implantar o Projeto de Nucleação Escolar, pretender fechar 19 das 24 escolas existentes no Município, sendo que a maioria da população reside em área rural, onde estão localizadas grande parte das referidas escolas, frequentadas por comunidades quilombolas e ribeirinhas.
Ainda segundo o caderno processual, as referidas comunidades tradicionais correm o grave risco de se evadirem da escola, em decorrência da dificuldade no deslocamento, o que viola o direito ao acesso à educação.
Diante desse cenário, o Órgão Ministerial pugnou, em liminar, que fosse determinado ao Município de abster-se de fechar as escolas rurais, quilombolas e ribeirinhas, bem como garantisse a presença de professores e profissionais da educação nas escolas em tela.
A medida de urgência foi negada e, no mérito, julgado improcedente o pedido autoral, por duas razões: a uma por entender que o Projeto de Nucleação Escolar não padece de nenhuma ilegalidade que justifique a interferência do Judiciário e; a duas, pois não foi exaurida a via administrativa para o deslinde da questão.
Irresignado, o apelante interpôs o presente recurso, por meio do qual alega que, pelo Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, não há que se falar de necessidade de esgotamento da via administrativa no caso concreto, menos ainda de desrespeito à Separação dos Poderes, ante a evidente necessidade de que se exerça o controle de legalidade, já que, na situação posta à apreciação nos autos, não se questiona a conveniência e oportunidade dos atos do alcaide, mas “a constatação de atos ilegais perpetrados pelo Demandado, visto que deixou de observar os trâmites procedimentais prévios à implementação da nucleação das escolas do campo, tais como a oitiva das comunidades afetadas, realização de impacto sociocultural por profissionais habilitados da área, dentre outros.”
Acrescenta que “a Lei de Diretrizes e bases para Educação – LDBEN e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem a garantia de vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima da residência do aluno, bem como a oferta de educação básica para a população rural, promovendo as adaptações necessárias à sua adequação as peculiaridades da vida rural e de cada região.”

E mais, “segundo os normativos legais, o fechamento de escolas do campo, indígenas e quilombolas será precedido de manifestação das comunidades afetadas, que considerará a justificativa da Secretaria de Educação, da análise do diagnóstico do impacto da ação e da manifestação da comunidade escolar, algo que não houve no presente caso.”

Sustenta que o ato questionado viola diversos preceitos legais, desde Constituição Federal até Convenções Internacionais das quais o Brasil é signatário, especialmente pelo fato de comunidades quilombolas estarem sendo atingidas.

Ante a esses argumentos, requer o conhecimento e provimento do apelo a fim de tornar sem efeito o ato administrativo que determinou o fechamento das escolas discriminadas na inicial, em especial as situadas nas comunidades quilombolas, bem como suas imediatas reativações.

Em contrarrazões, o apelado pugna pelo improvimento recursal, defendendo a legalidade do Projeto de Nucleação Escolar, bem como a impossibilidade de interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo.

Remetidos a essa Superior Instância, os autos vieram-me distribuídos, ocasião em que recebi o recurso no duplo efeito, bem como determinei sua remessa ao parecer do custos legis.

Nessa condição, o Procurador de Justiça Waldir Macieira da Costa Filho manifesta-se pelo conhecimento e provimento do apelo.

Pautado o feito para a sessão do dia 01/03/2021, o apelado solicitou o adiamento do julgamento para tentativa de conciliação, o que foi por mim deferido, tendo se realizado a audiência para tal fim, presentes as partes, na data de 11/03/2021, restando infrutífera a tratativa.

É o relatório. À Secretaria para inclusão do feito na pauta de julgamento da próxima sessão desimpedida.

Belém, 08 de fevereiro de 2021.

DES. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO.
RELATOR

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à análise.

De início, e sem delongas, afirmo que os argumentos deduzidos no apelo merecem prosperar, como passo a demonstrar.

O primeiro ponto que merece enfrentamento diz respeito a desnecessidade de esgotamento das vias administrativas no caso concreto.

Como consta do relatório, um dos fundamentos do magistrado sentenciante foi a falta de interesse de agir, sob a alegação de que, primeiramente, o apelante deveria ter exaurido a esfera administrativa antes de trazer a questão ao Poder Judiciário, o que, de toda forma, não se sustenta juridicamente, no caso concreto.

Ora, como se sabe, é princípio fundamental estabelecido em nossa Carta Magna a Inafastabilidade da Jurisdição, insculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que dispõe que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim, se por um lado cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, por outro lado é assegurado a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos o acesso aos órgãos judiciais.

Desse modo, não há que se falar em falta de interesse de agir no caso posto à apreciação.

De outra banda, comungo do entendimento do custos legis quando afirma que o magistrado sentenciante não deixou claro quando consigna que não foram exauridas as vias administrativas, motivo por que reproduzo os seguintes trechos de seu parecer, os quais adoto como razão de decidir, *verbis*:

“Ademais, analisando os autos verifico não ficou claro na sentença o que o d. juízo entende por exaurimento da via administrativa, pois o parquet de 1º grau utilizou-se da via administrativa interna, realizando reuniões, encaminhamento de ofícios, dentre outras medidas para a obtenção das informações necessárias.

Além disso, considerando a ilegalidade perpetrada pelo ente municipal ao não preencher os requisitos mínimos estabelecidos em lei para o fechamento das escolas rurais, quilombolas e ribeirinhas, a necessidade e utilidade da Ação Civil Pública mostram-se imperiosas, e, por via de consequência, o próprio interesse processual na demanda.”

Em outras palavras e de forma mais simples possível, **neste caso concreto**, com a devida vênia, o exaurimento de vias administrativas não aparece como condição *sine qua non* para a procura do Judiciário pelo jurisdicionado que sinta lesado e/ou ameaçado um direito seu. Como já dito, a teor do que dispõe o art. 5º, inciso XXXV da CF/88, e neste caso concreto, não há necessidade da parte esgotar a via administrativa para possibilitar o seu ingresso em juízo, sob pena de flagrante violação ao direito constitucional do acesso ao Judiciário, que é um direito fundamental.

Assim, perfeitamente prescindível, no meu sentir, requerimento administrativo prévio ao ajuizamento da ação e o consequente exaurimento da via administrativa, para fins de caracterizar o interesse de agir, porquanto, no caso concreto, se trata de direito fundamental de ação a proteger, inclusive, direitos difusos e coletivos.

Não está posto, nem na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9394/96; art. 28, parágrafo único), nem na Resolução nº 485/2009, do Conselho Estadual de Educação do Pará (art. 42), a condição de exaurimento da via administrativa como condição para a acessibilidade ao Judiciário, como se verifica das transcrições abaixo:

LDB

“Art. 28. Na oferta de educação básica para a população rural, os sistemas

de ensino promoverão as adaptações necessárias à sua adequação às peculiaridades da vida rural e de cada região, especialmente:

I - Conteúdos curriculares e metodologias apropriadas às reais necessidades e interesses dos alunos da zona rural;

II - Organização escolar própria, incluindo adequação do calendário escolar às fases do ciclo agrícola e às condições climáticas;

III - Adequação à natureza do trabalho na zona rural.

Parágrafo único. O fechamento de escolas do campo, indígenas e quilombolas será precedido de manifestação do órgão normativo do respectivo sistema de ensino, que considerará a justificativa apresentada pela Secretaria de Educação, a análise do diagnóstico do impacto da ação e a manifestação da comunidade escolar.” (grifei)

RESOLUÇÃO 485/2009

“Art. 42 Na hipótese de descumprimento das normas constantes da presente Resolução, o ente público responsável será comunicado pelo Conselho Estadual de Educação do Pará, sendo-lhe concedido prazo para saneamento das irregularidades, sob pena da decretação de nulidade do Sistema de Nucleação.”

Inexiste a condição posta pelo juízo apelado na legislação regente do tema por um motivo muito simples: no caso concreto, repito, é absolutamente desnecessário o esgotamento da instância administrativa como condição para o ingresso na via judicial porque, digo de novo, no caso concreto, haverá violação, sim, do princípio de inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, visto que ele não tem comando legal para um eventual exaurimento da instância administrativa e tampouco está abarcado pelo tema 350 do STF, eis que não se trata da matéria previdenciária.

A respeito, o STJ tem jurisprudência consolidada no sentido de que **“o esgotamento da instância administrativa não é condição para o ingresso na via judicial”** (AgRg no AREsp 217.998/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, DJe 24/09/2012). No mesmo sentido: AgRg no AREsp 622.282.

Portanto, tenho como certo que não merece prosperar a sentença recorrida quanto a esse aspecto.

Quanto à questão envolvendo a legalidade do ato administrativo questionado, qual seja o fechamento das escolas rurais em virtude do Projeto de Nucleação Escolar, de igual forma entendo que tem razão a argumentação do recorrente.

Digo isso porque não há dúvidas de que o fechamento de escolas rurais impactará sobremaneira as comunidades envolvidas, mormente se levarmos em consideração que os prejudicados são, especialmente, comunidades tradicionais de quilombolas e ribeirinhos, com maiores dificuldades de migrarem para outras localidades para continuarem frequentando a escola, daí porque, aliás, a proteção incluída no parágrafo único da Lei nº 9394/96 pela Lei nº 12.960/2014, para fazer constar a exigência de manifestação de órgão

normativo do sistema de ensino para o fechamento de escolas do campo, indígenas e quilombolas.

Essa circunstância viola, ao mesmo tempo, a Constituição Federal, eis que a educação é um direito social, previsto no artigo 6º, inclusive de responsabilidade conjunta de todos, Estado, família e sociedade (art. 205); o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 28, § único); bem como a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, que estabelece como prioridade a melhoria da educação dos povos tradicionais no local em que vivem, a fim de que não percam os laços com suas culturas e tradições (arts. 6º e 7º).

Não se questiona que a Administração Pública pode promover projetos de Nucleação Escolar, eis que em muitas situações são benéficos. Entretanto isto não pode ocorrer ao arrepio da lei, como ocorre no caso examinado, pois o artigo 28 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação foi completamente ignorado, já que não foi oportunizada a correta consulta à comunidade escolar, bem como a manifestação de especialistas sobre o tema.

Eis o teor do referido ato normativo:

“Art. 28. Na oferta de educação básica para a população rural, os sistemas de ensino promoverão as adaptações necessárias à sua adequação às peculiaridades da vida rural e de cada região, especialmente:

I - Conteúdos curriculares e metodologias apropriadas às reais necessidades e interesses dos alunos da zona rural;

II - Organização escolar própria, incluindo adequação do calendário escolar às fases do ciclo agrícola e às condições climáticas;

III - Adequação à natureza do trabalho na zona rural.

Parágrafo único. O fechamento de escolas do campo, indígenas e quilombolas será precedido de manifestação do órgão normativo do respectivo sistema de ensino, que considerará a justificativa apresentada pela Secretaria de Educação, a análise do diagnóstico do impacto da ação e a manifestação da comunidade escolar.” (grifei)

Insta ressaltar, ainda, que a Resolução n.º 485/2009, do Conselho Estadual de Educação, estabelece, em seu artigo 41, em reforço ao que prevê o dispositivo da LDBEN antes reproduzido, a necessidade análise de especialistas da área quando o projeto de Nucleação impactar comunidades tradicionais, como se depreende do seu teor:

“Art. 41 Nas escolas que ofertam a Educação Indígenas, Educação do Campo, Educação Quilombola e outras, cujo espaço, cultura e tempo têm características bastante definidas face às suas peculiaridades, estarão sujeitas a ordenação e agrupamento de acordo com a análise de especialistas da área, sob a Coordenação da Secretaria Estadual e das Municipais de Educação.”

Como é de sabença geral, a lei não contém palavras inúteis e a razão de ser dos men-

cionados dispositivos vai ao encontro dos ditames constitucionais, se considerarmos que o deslocamento de alunos de suas comunidades tradicionais, desvincula-os de sua vivência e cultura local, atribuindo novos valores, negando suas identidades, acarretando um desenraizamento da cultura e pertença do grupo.

Aliás, a própria decisão apelada reconhece a falta de observância de formalidade legal imprescindível para a implantação de qualquer projeto de nucleação, como se verifica do excerto abaixo (ID 2986001):

“Ainda em relação à formalidade legal de implantação, destaca o autor que não houve o cumprimento do art. 41 da Res. 485/2009, do Conselho Estadual de Educação. Nos termos da norma, tratando-se de comunidades quilombolas, a ordenação e agrupamento das escolas deve ser efetuada de acordo com a análise de especialistas da área.

De fato, não encontro nos autos qualquer documento da espécie, o qual também não é mencionado no projeto.”

Ora, com a devida vênia, a oitiva de especialistas é condição para a implementação do projeto nucleador, junto com as demais condicionantes, que, pelo visto, nos autos, e comprovado na decisão apelada, não foi devidamente cumprido pelo apelado, ensejando, por óbvio, a nulidade do ato administrativo e do projeto de nucleação das escolas localizadas em áreas ribeirinhas, indígenas, quilombolas, tal como previsto no art. 28, parágrafo único da Lei nº 9394/96 e art. 41, da Res. 485/2009, do CEE.

Em que pese a existência de manifestações tanto do SINTEPP quanto da comunidade discordando do fechamento das escolas, o magistrado não as levou em consideração, entendendo que a situação estava dentro do mérito do ato administrativo.

Ocorre que a discricionariedade administrativa não é irrestrita, pois deve obediência às normas legais, que decerto foram violadas, não merecendo prosperar a sentença recorrida diante do grave quadro apresentado, onde muitas crianças e adolescentes, representantes de comunidades tradicionais (indígenas, ribeirinhas, quilombolas), correm o risco de ficar sem educação por conta de um arroubo da administração municipal que implementa um projeto dessa magnitude e polêmica sem a observância dos mandamentos legais sobre a matéria, que é deveras sensível às comunidades por ele atingidas.

Sobre o tema, e tratando, inclusive, da nucleação e discricionariedade administrativa, trago à colação o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, que se amolda ao caso em debate como uma luva:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NUCLEAÇÃO E FECHAMENTO DE ESCOLAS RURAIS. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA DE PRÉVIA CONSULTA AO CONSELHO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 28, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.394/96 - LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO. PREJUÍZOS ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES INSERIDAS NA REDE DE ENSINO MUNICIPAL. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O processo de nucleação consiste no fechamento de unidades escolares rurais, pelo município responsável, deslocando os alunos do campo para outras unidades, normalmente na zona urbana municipal, com a disponibilidade de transporte escolar, sob o argumento de que existe pouca demanda de estudantes nas localidades rurais, bem como as unidades de ensino que lhe atendem encontram-se isoladas, acarretando em altos custos para a manutenção das escolas rurais.

2. O município tem a discricionariedade para a realização dos atos que entende ser necessários, voltados sempre ao interesse público, de acordo com a conveniência e oportunidade administrativa. Dessa forma, a ele é lícito realizar a nucleação e fechamento de escolas rurais, com a finalidade de reduzir gastos públicos, bem como fomentar a melhoria do ensino a ser prestado.

3. Entretanto, à luz da finalidade e de outros princípios constitucionais, a discricionariedade administrativa deve ser entendida com o campo de liberdade reduzido (discricionariedade constitucionalmente regrada), necessitando de critérios objetivos para ser aferida. A atuação administrativa está restrita à obediência das normas, podendo esta realizar apenas o que está definido em lei.

4. O ato administrativo tomado pelo Prefeito do Município Agravado foi realizado sem a prévia consulta ao Conselho Municipal de Educação, em contrariedade ao art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB), acarretando assim, sérios prejuízos às crianças e adolescentes inseridas na rede de ensino municipal, bem como aos servidores lotados nas Unidades Escolares nucleadas/fechadas.

5. Competia à Administração Municipal ouvir a manifestação das comunidades atingidas com a nucleação e fechamento das escolas, bem como do órgão normativo do respectivos sistema do ensino, qual seja, do Conselho Municipal de Educação, de modo a valorizar a participação democrática da coletividade em assuntos dessa natureza, sobretudo para prevenir possíveis impactos negativos que o processo poderá desencadear sobre as crianças e adolescentes em idade escolar.

6. Em que pese a nucleação e o fechamento das Unidades Escolares e Creches possam ser realizadas em razão da discricionariedade da administração pública, este ato discricionário deve estar adstrito à obediência legal.

7. A decisão agravada merece ser reformada, tendo em vista a ausência de prévia consulta ao Conselho Municipal de Educação e às comunidades rurais afetadas, acarretando vício de legalidade na conduta da administração pública municipal.

8. Agravo conhecido e provido” (TJPI - Agravo de Instrumento nº 2014.0001.001210-4, Rel. Desembargador Fernando Carvalho Mendes)

Por fim, apenas como ilustração, deixo claro que o STF tem, reiteradamente, decidido

acerca da possibilidade de intervenção do Judiciário na proteção de direitos fundamentais protegidos pela norma constitucional, sem que isto, de alguma forma, se caracterize como intervenção indevida em outro Poder. Neste sentido: RE 482611, rel. Min. Celso de Mello; e AI 583136, rel. Min. Carmen Lucia.

Em seu voto, citando o decano, diz a ministra Carmen:

“- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental”

Ante ao exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, reformando a sentença apelada no sentido de declarar nulo o ato de fechamento das escolas rurais apontadas nos autos, julgando, em consequência, totalmente procedentes os pedidos postos na exordial (ID 2985995).

É como voto.

Belém, 15 de março de 2021.

Des. **LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO**
Relator

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Agravo em Execução Penal

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ
SECRETARIA DA 2ª TURMA DE DIREITO PENAL
AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 0003811-06.2020.8.14.0000.
AGRAVANTE: ANDERSON GONÇALVES PENA.
AGRAVADA: A JUSTIÇA PÚBLICA.
RELATOR: DESEMBARGADOR RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES.

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO. AGRAVANTE CONDENADO POR ROUBO MAJORADO, CRIME DE NATUREZA COMUM, MAS REINCIDENTE NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, EQUIPARADO A HEDIONDO. PEDIDO PARA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE DOIS QUINTOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. ALEGAÇÃO DE QUE COM O ADVENTO DA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) EXIGE-SE AGORA O CUMPRIMENTO DE TRÊS QUINTOS OU SESENTA POR CENTO DA PENA APENAS NOS CASOS DE REINCIDÊNCIA EM CRIMES DE MESMA NATUREZA. IMPOSSIBILIDADE. A REDAÇÃO DO ART. 112, INCISO VII, DA LEI 13.964/2019 NÃO FAZ DIFERENCIAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA COMUM E REINCIDÊNCIA EM CRIMES DE MESMA NATUREZA PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME. AGRAVO EM EXECUÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO, ACOMPANHANDO JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DECISÃO UNÂNIME.

I. Pedido para a aplicação da fração de dois quintos para a progressão de regime, pois a novel Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) teria imposto a fração de três quintos apenas na reincidência em crimes de mesma natureza. O art. 112, inciso VII da LEP, com as alterações da Lei 13.964/19, em nenhum momento se refere a reincidência específica e tampouco condiciona a sua aplicação a crimes de mesma natureza. Em verdade, estabelece claramente que, se o apenado reincidir em crime hediondo ou equiparado, deverá cumprir sessenta por cento da sanção para atender ao requisito objetivo e adquirir o direito a progressão de regime, da mesma forma que previa o revogado dispositivo da Lei 8.072/90, que ao invés de utilizar o percentual de sessenta por cento, empregava a fração correspondente, qual seja, três quintos. Não há que se falar na aplicação da regra da retroatividade da lei penal, já que na hipótese não se está diante de norma mais benéfica e tampouco mais gravosa, posto que, além da lei nova ter mantido o tratamento dado a reincidência pela lei anterior, impôs percentual correspondente a fração de três quintos outrora prevista na norma revogada. **Na hipótese dos autos, o agravante foi condenado por roubo majorado, infração de natureza comum, e logo após reincidiu no crime de tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo**, portanto, deve cumprir sessenta por cento de sua

pena para fazer jus a progressão de regime, conforme disposição expressa do art. 112, VII da LEP. A interpretação dada pela defesa ao mencionado artigo, além de ferir a sua redação literal, vai de encontro com uma das mais básicas regras de hermenêutica, consagrada no brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, segundo o qual onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. Em outras palavras, se não há no art. 112, VII da LEP qualquer menção a especificidade da reincidência, mas tão somente ao instituto da reincidência pura e simples, deve o intérprete aplicá-lo também aos casos de reincidência genérica. Precedente do STJ;

II. **Agravo improvido**, acompanhando o parecer ministerial. Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da 2ª Turma de Direito Penal, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, tudo na conformidade do voto do relator. Julgamento presidido pelo Desembargador **Milton Augusto de Brito Nobre**.

Belém, 01 de fevereiro de 2021.

DES. RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES
Relator

RELATÓRIO

ANDERSON GONÇALVES PENA, inconformado com a decisão do MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Região Metropolitana de Belém, que indeferiu o pedido de impugnação do cálculo de pena, objetivando o decote da reincidência e a fixação da fração de dois quintos para a progressão ao regime semiaberto, interpôs **Agravo em Execução Penal**, visando a reforma do decisum vergastado.

Em suas razões, a defesa narra que o apenado foi condenado por dois delitos, sendo o primeiro previsto no art. 157, §2º, I, II e V do CPB e o segundo constante do art. 33, “caput” da Lei 11.343/06. Diante disto, a defesa descreve que impugnou o cálculo de pena do agravante, para que fosse desconsiderada a reincidência e aplicada a fração de dois quintos para a progressão ao semiaberto, em detrimento da fração de três quintos adotada no referido cálculo, sob o fundamento de que **o apenado não seria reincidente em crime da mesma natureza**.

Não obstante o pleito formulado, alega que o Juízo Agravado se equivocou ao manter a reincidência e, por via de consequência, a fração de três quintos para a progressão de regime tal como ocorria quando vigente o revogado §2º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, **uma vez que o art. 112 da LEP, com a redação dada pela novel Lei 13.964/19, passou a exigir que agora a reincidência seja de natureza específica.**

Desta feita, a defesa conclui que, tratando-se de lei nova mais benéfica ao apenado, deve ela retroagir para beneficiá-lo, desconsiderando-se a reincidência e fixando-se fração de dois quintos para a sua progressão de regime. **Nestes termos, requereu, ao final, o conhecimento e provimento do presente agravo em execução penal.**

Em contrarrazões, o órgão ministerial pugnou pelo **conhecimento e não provimento** do agravo. Mantida a decisão pelos seus próprios fundamentos, os autos foram encaminhados ao *custos legis*, o qual também postulou pelo conhecimento e **improvemento do recurso.**

Sem revisão.

É o relatório. Inclua-se no plenário virtual.

VOTO

Estando preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto. **Pugna a defesa, em suma, pela aplicação da fração de dois quintos para a progressão de regime, pois a novel Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) teria imposto a fração de três quintos apenas na reincidência em crimes de mesma natureza, hipótese que não se amoldaria a situação do agravante.**

Durante a vigência do art. 2º, §2º da Lei 8.072/90 a jurisprudência do STJ havia pacificado o entendimento segundo o qual não haveria distinção entre reincidência comum e específica para fins de progressão de regime, nas hipóteses de condenação por crimes hediondos ou equiparados. A título de ilustração, confira-se o seguinte julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIME HEDIONDO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA OU COMUM. IRRELEVÂNCIA. LAPSO TEMPORAL PARA PROGRESSÃO DE REGIME. FRAÇÃO DE 3/5 EM RELAÇÃO AOS CRIMES HEDIONDOS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. **A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a Lei dos Crimes Hediondos não faz distinção entre a reincidência comum ou específica ao determinar a fração de 3/5 como lapso temporal para a progressão**

de regime, de modo que, unificadas as penas e constatada a reincidência, qualquer que seja ela (específica ou comum), para fins de progressão do regime, deverá ser aplicada a fração de 3/5 em relação aos crimes hediondos. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1780929/RO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 29/08/2019)”

Ocorre que sucessivas alterações legislativas, notadamente as impostas pela Lei 13.964/19, imprimiram profundas mudanças na lei penal e processual penal, disciplinando a referida matéria. Por isso, antes de adentrar no mérito, cumpre rememorar as mudanças ocorridas na legislação, sobretudo porque a defesa suscita normas de direito intertemporal, pleiteando a aplicação retroativa de *novatio legis in melius*, qual seja, a Lei 13.964/19, conhecida como Pacote Anticrime.

Pois bem, anteriormente a sua vigência o §2º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos preconizava que: “a progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente [...]”. Com a revogação deste dispositivo, a regra de progressão de regime aos condenados por crime hediondo ou equiparado passou a observar **o artigo 112 da LEP, in verbis:**

“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; **V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;** VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; **VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;** VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. [...] **§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os**

fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.”

Esclarecido isto, emerge da análise da lei revogada e da novel legislação **duas conclusões lógicas e matemáticas**, a saber:

Primeira. A Lei 13.964/19 que alterou o art. 112 da LEP impôs o cumprimento de **sessenta por cento da pena** para a progressão de regime nos casos de reincidência em crime hediondo ou equiparado, *quantum* este que matematicamente **equivale a fração de três quintos de sanção** outrora prevista no §2º do art. 2º da Lei 8.072/1990.

Segunda. O art. 112, inciso VII da LEP, com as alterações da Lei 13.964/19, em nenhum momento se refere a reincidência específica e tampouco condiciona a sua aplicação a crimes de mesma natureza. Em verdade, estabelece claramente que, se o apenado reincidir em crime hediondo ou equiparado, deverá cumprir sessenta por cento da sanção para atender ao requisito objetivo e adquirir o direito a progressão de regime, da mesma forma que previa o revogado dispositivo da Lei 8.072/90.

Logo, não há que se falar na aplicação da regra da retroatividade da lei penal, **já que na hipótese não se está diante de norma mais benéfica e tampouco mais gravosa**, posto que, além da lei nova ter mantido o mesmo tratamento dado a reincidência pela lei anterior, impôs percentual correspondente a fração de três quintos outrora prevista na norma revogada. Nesse sentido, há julgados do STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXECUÇÃO PENAL DEFINITIVA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. REINCIDÊNCIA. CRIME HEDIONDO. PACOTE ANTICRIME (LEI N. 13.964/2019). APLICAÇÃO DE 60% (SESSENTA POR CENTO) DO CUMPRIMENTO DA PENA PARA CONCESSÃO DA BENESSE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 2. O entendimento delineado pelo Tribunal de origem encontra-se alinhado ao desta Corte Superior no sentido de que a Lei dos Crimes Hediondos não faz distinção entre a reincidência comum ou específica ao determinar a fração de 3/5 (três quintos) como lapso temporal para a progressão de regime, e que, consistindo a reincidência em condição pessoal, uma vez reconhecida, influi sobre o requisito objetivo dos benefícios da execução em relação a todas as condenações. **Importa acrescer que, não há falar nem em lei mais benéfica, e nem em de qualquer forma prejudicial ao apenado, tendo em vista que o percentual de 60% (consagrado hoje pelo denominado Pacote Anti-crime), corresponde exatamente à anterior fração de 3/5. Precedentes.** 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 608.770/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2020, **DJe 20/11/2020**)”

“EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS COLETIVO. COLETIVIDADE DELIMITADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CRIME HEDIONDO. PACOTE ANTICRIME. APLICAÇÃO DE PORCENTAGEM ALEGADA MAIS BENÉFICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] II - A jurisprudência desta eg. Corte Superior de Justiça é firme ao declarar que a condição de reincidente, uma vez adquirida pelo sentenciado, estende-se sobre a totalidade das penas somadas, não se justificando a consideração isolada de cada condenação e tampouco a aplicação de percentuais diferentes para cada uma das reprimendas. Precedentes deste STJ. **III - No presente caso, o eg. Tribunal de origem determinou que fosse observada a porcentagem de 60 %, em razão da prática de crime hediondo, para o reincidente (ainda que não específico) - tal qual já acontecia na legislação anterior, a qual, inclusive, previa o mesmo lapso para a progressão de regime, contudo, em forma de fração (3/5).** IV ? No mesmo sentido, as decisões recentes: HC 607506, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Dje 01/09/2020; e HC 596031, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Dje 27/08/2020. V - Assim, o v. acórdão combatido se encontra em conformidade com o entendimento desta eg. Corte Superior de Justiça sobre a matéria, não havendo que se falar, pois, em constrangimento ilegal. Habeas corpus coletivo não conhecido. (HC 599.977/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, **DJe 29/09/2020**)”

Na hipótese dos autos, o agravante foi condenado por roubo majorado, **infração de natureza comum**, e logo após reincidiu no crime de tráfico de drogas, **delito equiparado a hediondo**, portanto, deve cumprir sessenta por cento de sua pena para fazer jus a progressão de regime, conforme disposição expressa do art. 112, inciso VII da LEP.

Com efeito, a interpretação dada pela defesa ao mencionado artigo, além de uma afronta a sua redação literal, vai de encontro com uma das mais básicas regras de hermenêutica, consagrada no brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, segundo o qual onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. Em outras palavras, se não há no art. 112, VII da LEP qualquer menção a especificidade da reincidência, mas tão somente ao instituto da reincidência pura e simples, deve o intérprete aplicá-lo também aos casos de reincidência genérica.

Em caso idêntico, confira-se aresto do Colendo STJ:

“EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. REINCIDÊNCIA. CRIME HEDIONDO. PACOTE ANTICRIME (LEI N. 13.964/2019). APLICAÇÃO DE 60% (SESSENTA POR CENTO) DO CUMPRIMENTO DA PENA PARA CONCESSÃO DA BENESSE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. RECURSO IM-

PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior consolidou-se no sentido de que a condição de reincidente, uma vez adquirida pelo sentenciado, estende-se sobre a totalidade das penas somadas, não se justificando a consideração isolada de cada condenação e tampouco a aplicação de percentuais diferentes para cada uma das reprimendas. Precedentes. 2. **No presente caso, o decisum agravado determinou que fosse observada a porcentagem de 60% do cumprimento da pena para a progressão de regime prisional, em razão da prática de crime hediondo, para o reincidente (ainda que não específico), assim como já acontecia na legislação anterior, a qual, inclusive, previa o mesmo lapso para a progressão de regime, contudo, em forma de fração (3/5).** 3. No mesmo sentido, os julgados recentes: HC 596031, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, Dje 27/08/2020; HC 599.977/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, Dje 29/09/2020. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no HC 588.529/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, Dje 13/10/2020)”

Vale ressaltar que, segundo a jurisprudência do STJ, a aplicação da fração de dois quintos postulada pela defesa somente seria possível caso estivessemos diante de um **quadro inverso**, isto é, perante uma condenação anterior por **crime hediondo** e a reincidência **em delito de natureza comum**, pois tal hipótese não estaria contemplada pela redação literal do inciso VII do art. 112 da LEP³ e não é prevista em nenhum de seus outros incisos. Neste em caso, incidiria a fração de dois quintos, o equivalente a quarenta por cento, pois é mais benéfica ao apenado. Vejamos:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. ART. 112 DA LEI N. 7.210/1984, COM AS ALTERAÇÕES DA LEI N. 13.964/2019. REQUISITO OBJETIVO. PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DO CÁLCULO DE PENAS, COM A APLICAÇÃO DO PRAZO DE 40% (QUARENTA POR CENTO) DA PENA. PROCEDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Antes da vigência da Lei n. 13.964/2019, o art. 112 da Lei de Execução Penal previa como requisito objetivo o cumprimento da fração de 1/6 da pena no regime anterior, para os condenados por crimes comuns (primários ou reincidentes). Já para os condenados por crimes hediondos, a Lei n. 8.072/1990, em seu art. 2.º, § 2.º, estabelecia as frações de 2/5 (para os réus primários) e 3/5 (para os reincidentes). 2. Com o advento do mencionado regramento, o sistema progressivo de regime prisional passou a ter critérios diferenciados, sobretudo no que concerne ao requisito objetivo. Assim, os lapsos temporais

necessários à progressão prisional passaram a ser previstos exclusivamente no art. 112 da Lei de Execução Penal. 3. **No caso, a situação do Apenado - condenado pela prática de crime hediondo, mas reincidente em crime comum - não encontra previsão específica na nova lei, razão por que, diante da lacuna legislativa, deverá o julgador integrar a norma, resolvendo a controvérsia de maneira mais favorável ao Sentenciado, isto é, aplicando o percentual previsto para o Réu primário. Desse modo, o Reeducando alcançará o lapso temporal para a progressão de regime quando houver cumprido ao menos 40% (quarenta por cento) da reprimenda, segundo o disposto no art. 112, inciso V, da Lei n. 7.210/1984.** 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 618.297/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2020, Dje 19/11/2020)

Todavia, como no caso em apreço estamos diante de réu condenado por crime comum, mas reincidente em crime equiparado a hediondo, correta a decisão agravada que aplicou o percentual de sessenta por cento previsto no inciso VII do art. 112 da LEP, o qual se amolda perfeitamente a situação do agravante.

Ante o exposto, **acompanho o parecer ministerial e nego provimento ao recurso**, nos termos da fundamentação. É o voto.

Belém, 01 de fevereiro de 2021.

DES. RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES
Relator

³ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: [...] VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for **reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado**;

Apelação Penal

ACÓRDÃO Nº 211.756
TJE/PA- TERCEIRA TURMA DE DIREITO PENAL
PROCESSO Nº 0043932-37.2015.8.14.0005
COMARCA DE ORIGEM: ALTAMIRA/PA
APELAÇÃO PENAL
APELANTE: JONATHAN DE OLIVEIRA DIAS
DEFENSOR PÚBLICO: DYEGO AZEVEDO MAIA
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
PROCURADORA DE JUSTIÇA: ANA TEREZA ABUCATER
RELATOR: DES. LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS – AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO INCONTROVERSAS NOS AUTOS, FACE A CONFISSÃO DO RÉU ESTAR EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA – DOSIMETRIA DA PENA – ADEQUADA PARA A CENSURA DO CRIME E ACEITA PELA DEFESA – REPARAÇÃO DE DANOS PELA INFRAÇÃO (ARTIGO 387, IV DO CPP) – IMPOSSIBILIDADE - A JURISPRUDÊNCIA É NO SENTIDO DE QUE A FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO EXIGE, ALÉM DE PEDIDO EXPRESSO NA INICIAL, A INDICAÇÃO DE VALOR E INSTRUÇÃO PROBATÓRIA ESPECÍFICA, DE MODO A POSSIBILITAR AO RÉU O DIREITO DE DEFESA COM A COMPROVAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO A SER REPARADO OU A INDICAÇÃO DE QUANTUM DIVERSO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ – AUSÊNCIA DE PEDIDO NA DENÚNCIA E NO CURSO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO PELO RESSARCIMENTO DE DANO – RÉU ISENTO DE CUSTAS NA FORMA DA LEI Nº 8.328, DE 29.12.2015 – AFASTAMENTO, DE OFÍCIO, DA CONDENAÇÃO EM CUSTAS PROCESSUAIS – APELO PROVIDO – UNÂNIME.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da Terceira Turma de Direito Penal, em conformidade com as notas taquigráficas, por unanimidade, em dar provimento ao recurso e, de ofício, afastar a condenação em custas processuais, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos seis dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e vinte.

Julgamento presidido pelo Exmo. Sr. Des. MAIRTON MARQUES CARNEIRO.

Belém/PA, 06 de fevereiro de 2020

Des. **LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR**
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DES. LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR – RELATOR - JONATHAN DE OLIVEIRA DIAS, qualificado nos autos, interpôs recurso de Apelação Penal em face da sentença do d. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Altamira/PA, que o condenou à pena de cinco (05) anos e quatro (04) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto; quatorze (14) dias-multa e à indenização no importe de duzentos e dez reais (R\$210,00), como reparação por danos causados pela infração, na incidência do art. 157, §2º, item II do CP e absolvê-lo do crime do art. 244-A da Lei nº 8.069/90. (fls. 32-35).

Consta da sentença sobre os fatos descritos na denúncia, o seguinte:

“(...) Narra a exordial acusatória, em apertada síntese, que no dia 24/08/2015, por volta das 23h, o denunciado, juntamente com o menor de idade Walison Pinheiro de Sousa, mediante grave ameaça, subtraiu o aparelho celular de marca LG, carteira porta cédulas contendo aproximadamente R\$ 210,00 (duzentos e dez reais), bem como os documentos pessoais da vítima Geovani Costa Rodrigues, quando a mesma transitava em via pública na Rua Brigadeiro Eduardo Gomes, em frente ao estabelecimento Nossa Horta, nesse município. (...)”.

A materialidade do delito restou demonstrada às fls. 22-23 do IPL.

Inconformado com a condenação por danos pela infração, o réu apelou alegando que tal situação não foi avaliada durante a instrução criminal, não havendo elementos suficientes para a fixação de indenização, pedindo, por fim, provimento do apelo para excluir da sentença o valor da reparação por danos.

Contrarrazões às fls. 50-51 pedem a manutenção da sentença recorrida.

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o Relatório. À d. Revisão.

Belém/PA, 12.12.2019

Des. **LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR**
Relator

VOTO

O EXMO. SR. DES. LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR – RELATOR – Adequado e tempestivo, conheço do recurso de Apelação Criminal interposto por JONATHAN DE OLIVEIRA DIAS.

Observando as razões recursais, incontroversas nos autos ficaram a autoria e materialidade do delito, afinal a confissão do apelante está corroborada pelos demais elementos de prova colhidos na instrução criminal.

A primeira fase da dosimetria da pena, o único vetor avaliado desfavorável na situação foram os motivos do crime, pelo qual restou fixada a pena-base em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento 20 (vinte) dias-multa.

Na segunda fase, pelas atenuantes da menoridade e confissão espontânea, a pena intermediária foi atenuada para o mínimo legal que, na terceira fase, pelo aumento de 1/3 (um terço) em virtude do concurso de pessoas, tornou-se definitivamente concreta a pena em cinco (05) anos e quatro (04) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto e quatorze (14) dias-multa que, entendo, ponderando pela discricionariedade, não observo nenhuma legalidade ou teratologia.

No entanto, não posso deixar de acolher o inconformismo do apelante, vez que é bem verdade que a Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, deu nova redação ao art. 387, inciso IV, do CPP e possibilitou a fixação, na sentença criminal, de um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pela ofendida; com isso, evita-se que a vítima tenha de demandar no juízo cível a reparação dos danos.

Todavia, no caso, contudo, não houve pedido expresso de arbitramento de qualquer indenização na denúncia, bem como debate quanto ao tema no curso da instrução, o que desautoriza a manutenção desse ressarcimento.

Curioso é que a i. representante do Parquet embora tenha afirmado ser incabível a responsabilização do apelante por reparação de danos sem a oportunidade de defesa e produção de provas que demonstrem o que seria devido à vítima, opinou pelo desprovimento do recurso se o cerne da questão recursal é somente este pormenor.

A respeito da matéria, eis a orientação jurisprudencial:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ROUBO COM USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. CORRUPÇÃO DE MENORES. ARTIGO 157, § 2º, I E II, C/C ART. 70, DO CÓDIGO PENAL. ART. 244-B DO ECA. APLICABILIDADE DO INCISO IV DO ARTIGO 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OFENSA REFLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O ressarcimento do dano previsto no inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal, quando sub judice a controvérsia sobre a necessidade de pedido, revela uma violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional, o que torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: RE 724.454/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 10/12/2012, ARE 667.902-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe de 20/3/2012. 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: “PENAL E PROCESSUAL. ROUBO COM

USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. CORRUPÇÃO DE MENORES. PROVA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. CRÍTICA INFUNDADA DA DOSIMETRIA. EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO À VÍTIMA. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. Réu condenado por infringir os artigos 157, § 2º, incisos I e II, combinado com 70, do Código Penal, mais o artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, eis que, junto com adolescente, adentrou estabelecimento comercial e subtraiu dinheiro e bens de dois indivíduos, ameaçando-os com arma de fogo. O réu foi reconhecido testemunha ocular do fato e isto foi corroborado por outras evidências, incluindo a sua detenção ao sair de uma casa onde foram apreendidas armas e uma parte das coisas subtraídas. 2. Afasta-se a indenização à vítima quando o tema só é suscitado nas alegações finais do Ministério Público, ficando, portanto, infenso ao contraditório e à ampla defesa. 3 Apelações desprovidas.” 3. Agravo regimental DESPROVIDO. (STF - ARE 694158 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 09-04-2014 PUBLIC 10-04-2014). Grifo.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. ROUBO. ART. 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS CAUSADOS PELO DELITO. INEXISTÊNCIA DE INSTRUÇÃO ESPECÍFICA NO CURSO DO PROCESSO. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "a fixação de valor mínimo para reparação dos danos materiais causados pela infração exige, além de pedido expresso na inicial, a indicação de valor e instrução probatória específica, de modo a possibilitar ao réu o direito de defesa com a comprovação de inexistência de prejuízo a ser reparado ou a indicação de quantum diverso" (AgRg no REsp 1.724.625/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe de 28/06/2018.) 2. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no REsp 1785526/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 02/08/2019). Sublinhado.

Portanto, prudente e justo é afastar a condenação por reparação de dano pela infração, que agora a tenho como afastada.

Ressalta-se, por oportuno, de ofício, que o réu está isento do pagamento de custas processuais por força do artigo 40, VI c/c art. 41, V da Lei nº 8.328, de 29.12.2015 alterada pela Lei nº 8.583/2017, conforme se depreende das circunstâncias da ação.

Pelo exposto, conheço do apelo e dou-lhe provimento, nos termos acima expendidos e, de ofício, afasto a condenação em custas processuais, na forma da lei, conforme o enunciado.

É o Voto.

Sessão Ordinária de, 06 de fevereiro de 2020

Des. **LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR**

Relator

COMARCA DE ORIGEM: BELÉM/PA.

APELAÇÃO PENAL Nº: 0021330-33.2012.8.14.0401

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ.

APELADOS: ALIA BENSIMON BEMERGUY E MOYSES BEMERGUY.

RELATOR: DES. RÔMULO NUNES.

EMENTA: APELAÇÃO MINISTERIAL. CRIME TRIBUTÁRIO DO ART. 1º, INCISOS I E II DA LEI 8.137/90. PRELIMINAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE NULIDADE PELA OITIVA EXTEMPORÂNEA DE TESTEMUNHA. IMPROCEDÊNCIA. A OITIVA DE TESTEMUNHA DO JUÍZO, ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, É MEDIDA AUTORIZADA PELO ART. 156, INCISO II, DO CPPB. PRELIMINAR REJEITADA. PRELIMINAR DA DEFESA DE NULIDADE ABSOLUTA. INEXISTÊNCIA DE PROVA DO PREJUÍZO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 523 DO EGRÉGIO STF. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. SENTENÇA QUE ABSOLVEU OS RECORRIDOS POR FALTA DE PROVA DO DOLO ESPECÍFICO E PROVA INSUFICIENTE DA MATERIALIDADE DO DELITO, EM FACE DE EQUÍVOCOS NO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME DE NATUREZA MATERIAL QUE EXIGE APENAS O DOLO GENÉRICO. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM PROVA INSUFICIENTE DA MATERIALIDADE DO CRIME, POIS PROVADO QUE OS RECORRIDOS TERIAM OMITIDO OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS E DEIXADO DE RECOLHER O ICMS EM DEZEMBRO DE 2002, BEM COMO EM JANEIRO, SETEMBRO E DEZEMBRO DE 2003. CONSTITUÍDO DEFINITIVAMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO, NOS MOLDES EXIGIDOS PELA SÚMULA VINCULANTE 24 DO STF, E NÃO HAVENDO PROVA DE SUA ANULAÇÃO, VIGE A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. APELADOS CONDENADOS PELO CRIME DO ART. 1º, INCISOS I E II DA LEI 8.137/90 A PENA DE 02 ANOS E 01 MÊS DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, MAIS 20 DIAS-MULTA, SUBSTITUÍDA POR 02 SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITO. PRESCRIÇÃO. EXAME DE OFÍCIO. ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E O DIA DESTA SESSÃO DE JULGAMENTO TRANSCORREU O PRAZO PRESCRICIONAL. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, MAS DE OFÍCIO EXTINTA A PUNIBILIDADE DOS APELADOS. DECISÃO UNÂNIME DA PRELIMINAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE NULIDADE PELA OITIVA EXTEMPORÂNEA DE TESTEMUNHA

I. Invocando o art. 156, inciso II, do CPP, o magistrado determinou a oitiva do auditor fiscal Raimundo Monfredo, na condição de testemunha do juízo, a fim de esclarecer questões técnicas do auto de infração por arbitramento. Diz o referido dispositivo: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Por sua vez, preceitua o art. 209 do mesmo diploma legal: “o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.” Não havia

óbice legal para que o magistrado, antes de prolatar a sentença, ouvisse o mencionado auditor na condição de testemunha do juízo. Ao contrário, tal providência atende ao melhor direito, pois demonstra que o julgador procurou prolatar sua decisão com segurança, esclarecendo antes questões técnicas, que muitas vezes fogem à esfera jurídica e adentram em matérias contábeis sensíveis. Mais do que isto, constitui-se em dever legal do magistrado, no exercício de sua discricionariedade regrada, buscar a verdade real e esclarecer todos os fatos, antes de firmar seu convencimento acerca do mérito da causa. Logo, não se vislumbra nulidade na oitiva do referido auditor fiscal, dada a expressa previsão legal para tanto e a inexistência de qualquer prejuízo à acusação. **Preliminar rejeitada.** Precedentes;

DA PRELIMINAR DA DEFESA DE NULIDADE ABSOLUTA

II. Apesar de não ter recorrido, a defesa suscitou em contrarrazões a existência de nulidade absoluta por cerceamento de defesa, visto que na audiência de instrução foi nomeado um defensor dativo para representar os recorridos, quando, em verdade, a audiência deveria ter sido suspensa, para que os apelados pudessem ser intimados a constituir novo advogado, após a renúncia ao patrocínio da causa, levada a efeito pelos causídicos outora contratados. Todavia, constata-se que os apelados em nenhum momento ficaram sem defesa técnica. Assim, eventual equívoco do magistrado, quando muito, seria nulidade de natureza relativa. Essa é a inteligência da súmula 523 do Egrégio STF: *“no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”* Sendo nulidade relativa, mister que seja demonstrado o prejuízo que dela adveio. Entretanto, a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrá-lo. Se inexistente prejuízo concreto aos recorridos, não há nulidade a ser declarada. **Preliminar rejeitada;**

MÉRITO

III. Examinando a sentença, constata-se que os pilares que sustentaram a decisão absolutória são: falta de prova do dolo de fraudar o fisco e prova insuficiente da materialidade, em face de equívocos no auto de infração lavrado por arbitramento;

DA FALTA DE DOLO

IV. Os crimes tributários previstos no art. 1º, incisos I e II da Lei 8.137/90 são de natureza material, os quais se consumam com a efetiva redução de tributo, ocasionada pela omissão nas declarações devidas às autoridades fazendária, após a constituição definitiva do crédito tributário. Para tanto, é cediço na jurisprudência ser necessário apenas o dolo genérico. Não é imperativo a comprovação de qualquer finalidade específica para que a conduta do sujeito ativo seja considerada típica. No caso dos autos, é incontroverso

que os apelados, na qualidade de proprietários da sociedade empresária, teriam omitido operações tributáveis nos livros fiscais e deixado de recolher o ICMS devido. Tal conduta omissiva é suficiente para caracterizar o dolo exigido nas figuras típicas do art. 1º, I e II, da Lei 8.137/90. A responsabilidade no crime tributário em tela deriva da previsão legal insculpada art. 135 do CTN, que atribui ao administrador da empresa a obrigação de manter o fisco regularmente informado acerca da aquisição, estoque e venda de mercadorias relacionadas a sua atividade. Precedentes;

DA PROVA INSUFICIENTE DA MATERIALIDADE DO CRIME

V. A jurisprudência tem conferido validade ao auto de infração por arbitramento. Resalte-se, também, que assiste razão ao órgão ministerial quando afirma em seu recurso que o juízo criminal não é sede adequada para discussões acerca da nulidade do auto de infração e do procedimento administrativo fiscal a que deu ensejo, uma vez que ações deste jaez, visando a anulação do crédito tributário, são afetas ao juízo fazendário. Ocorre que a sentença absolutória não declarou a nulidade do auto de infração. Apenas o considerou insuficiente para comprovar a materialidade do crime, diante dos equívocos apontados pelo auditor fiscal ouvido como testemunha do juízo. Em que pese estes equívocos, não há que se falar em prova insuficiente da materialidade do crime, mormente porque é incontroverso que os recorridos teriam omitido operações tributáveis e deixado de recolher o ICMS em dezembro de 2002, bem como em janeiro, setembro e dezembro de 2003, fato este confirmado pelo próprio magistrado, que mesmo assim prolatou sentença absolutória, por presumir que *“possa ter ocorrido alguma falha no setor administrativo da empresa contribuinte”*. Constituído definitivamente o crédito tributário, nos moldes exigidos pela súmula vinculante 24 do STF, e não havendo prova de sua anulação, vige a presunção de legitimidade do ato administrativo. **O fato é típico, antijurídico, culpável e causou um prejuízo ao erário na ordem R\$ 188.251,43 à época dos fatos. Condenação que se impõe. Precedentes;**

DA DOSIMETRIA

VI. Recorridos condenados à pena de 02 anos e 01 mês de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais 20 dias-multa, substituída por 02 sanções restritivas de direito, quais sejam, o recolhimento domiciliar e a prestação de serviços à comunidade, a serem fixadas pelo juízo da execução. Precedentes;

DA PRESCRIÇÃO. EXAME DE OFÍCIO

VII. É cediço que a prescrição é a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo, ou seja, pelo seu não exercício no prazo previsto em lei. Trata-se de matéria de ordem pública, passível de ser conhecida de ofício em qualquer grau de jurisdição, com regras, causas interruptivas e suspensivas previamente previstas em Lei. No caso em apre-

ço, os recorridos foram condenados à pena de dois anos e um mês de reclusão, a qual tem prazo prescricional de oito anos, conforme estabelece o art. 109, IV, do CPB. Ocorre que referido prazo cai pela metade, por força da regra do art. 115 deste diploma, uma vez que os apelados possuem ao tempo desta condenação mais de setenta anos (fl. 02). *In casu*, entre 09/05/13, data do recebimento da denúncia (fl. 94) e o dia desta sessão de julgamento, transcorreram-se mais de quatro anos. Logo, claro está a ocorrência do fenômeno da prescrição. Por esta razão, não há como não se extinguir a punibilidade dos recorridos de ofício, nesta assentada. Deixa-se de fixar o montante a título de reparação do dano requerido pelo órgão ministerial, em face do reconhecimento da prescrição. Deveras, a reparação do dano é efeito da sentença penal de natureza condenatória, conforme expressamente estabelece o art. 387 CPP. Havendo *decisum* que extingue a punibilidade, é indevido, inócuo e inviável eventual fixação de valores de reparação de dano. Precedente. **Apelo ministerial parcialmente provido, mas declarada a extinção da punibilidade dos recorridos de ofício. Decisão unânime;**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da 2ª Turma de Direito Penal, por unanimidade, em dar parcial provimento ao apelo ministerial, **mas declarar de ofício a extinção da punibilidade dos recorridos**, na conformidade do voto do relator. Julgamento presidido pelo **Des Milton Augusto de Brito Nobre**.

Belém, 07 de abril de 2021.

Desembargador **RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES**
Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público, inconformado com a r. sentença que absolveu **Alia Bensimon Bemerguy** e **Moyses Bemerguy** do crime contra a ordem tributária tipificado no art. 1º, incisos I e II da Lei n.º 8.137/90, **interpôs o presente recurso de apelação**, objetivando ver reformada a referida decisão, prolatada pelo **MM. Juízo de Direito da 13ª Vara Penal da Comarca de Belém/PA**.
Em suas razões, **o promotor de justiça suscitou uma preliminar de nulidade**, pela oitiva extemporânea do auditor José Raimundo Monfredo Leite, o qual teria sido inquirido sem ter sido arrolado por nenhuma das partes e após o encerramento da instrução criminal. Alegou que a mencionada testemunha foi ouvida na condição de “amigo da corte” e que cometeu flagrante infração disciplinar, ao apontar em seu depoimento falhas no auto de infração lavrado por outra colega auditora, agindo, assim, em deslealdade para com

a administração fazendária.

No mérito, alegou que a **sentença absolutória merece ser reformada**, uma vez que os delitos contra a ordem tributária prescindem de dolo específico, bastando para a consumação o dolo genérico presente na conduta do sujeito ativo, evidenciado pela premeditação e pela natureza plurissubsistente do delito fiscal imputado.
Aduziu que falece competência ao juízo criminal para apreciar nulidades de atos da administração fazendária, portanto, o exame de eventuais falhas no presente auto de infração ou no processo administrativo seriam matérias de competência exclusiva dos juízos fazendários. Desta feita, o juízo a quo teria incorrido em equívoco ao se basear **em falhas existentes no auto de infração para absolver os recorridos, por falta de prova suficiente da materialidade do crime**.
Acerca da dosimetria, o órgão ministerial apontou, em caso de condenação, a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis aos recorridos, requerendo, ainda, a aplicação das causas de aumento dos artigos 12, inciso I, da Lei 8.137/90 e 71, *caput*, do CPB, bem como a condenação ao pagamento de R\$ 690.664,20 a título de reparação do dano. Ao final, o Ministério Público requereu o conhecimento e provimento do apelo.
Em contrarrazões, a defesa suscitou uma preliminar de nulidade, visto que na audiência de instrução criminal foi nomeado um defensor dativo para representar os recorridos, quando, em verdade, o ato processual deveria ter sido suspenso para que os apelados fossem intimados a constituírem novo advogado, após a renúncia ao patrocínio da causa, levada a efeito pelos causídicos outrora contratados. **Assim, como os recorridos foram privados do direito de livre escolha do seu patrono, concluiu a defesa que houve nulidade da audiência e dos atos processuais subsequentes, em face de cerceamento de defesa**.
No mérito, aduziu que o órgão ministerial não apresentou provas capazes de imputar conduta dolosa aos recorridos, atendo-se apenas ao fato dos apelados figurarem na condição de sócios para presumir o dolo. Nesse diapasão, prossegue afirmando que, embora a responsabilidade nas infrações tributárias seja objetiva, conforme art. 136 do CTN, **em matéria penal o elemento subjetivo não pode ser presumido**, sob pena de se incorrer em responsabilidade penal objetiva.
Ainda, alegou que o auto de infração é insuficiente para provar a materialidade do crime, **não sendo admissível que o juízo a quo seja impedido de analisar e valorar esta prova ao final do ação penal, mormente diante dos equívocos apontados no auto de infração pelo auditor fazendário José Raimundo Monfredo Leite**.
No que tange ao cálculo de pena, requereu em caso de condenação o não reconhecimento do concurso material e da causa de aumento do crime continuado, tendo em vista a ocorrência de delito único, consumado com o lançamento definitivo do tributo. Ainda, postulou supletivamente pela inaplicabilidade da majorante do art. 12, inciso I, da Lei 8.137/90, devido a não comprovação do nexa causal entre a conduta dos agentes e o suposto dano à coletividade apontado no apelo.
Nesta superior instância, o custos legis se manifestou pelo **conhecimento e provimento** da apelação ministerial.
À revisão. Inclua-se o feito no plenário virtual.
É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do **apelo** e faço uma síntese dos **fatos** constantes do processo.

Consta da denúncia que os recorridos, na condição de sócios e administradores da empresa contribuinte BENSIMON & BEMERGUY LTDA, omitiram operações tributáveis, deixando de recolher o ICMS devido pelo estabelecimento, no valor de R\$ 188.251,43, conforme auto de infração e notificação fiscal nº 012006510001603-8 (fl. 22), por meio do qual a empresa dos recorridos foi autuada por arbitramento, de acordo com o relatório fronteira. **Regularmente processados, os apelados foram absolvidos com base no art. 386, inc. VII, do CPPB.**

Na sentença, o julgador considerou que não estaria provado o dolo dos recorridos em fraudar o fisco. Ainda, asseverou que a materialidade do delito não estaria suficientemente provada, pois auditor fiscal ouvido como testemunha teria apontado grandes equívocos no auto de infração, os quais teriam elevado sobremaneira o cálculo do tributo devido. Logo, como não estaria provado que o débito teria sido produto de sonegação fiscal dolosamente perpetrada para elidir a responsabilidade tributária, o magistrado entendeu que o melhor caminho seria a absolvição. Inconformado com a sentença, o órgão ministerial recorreu.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE PELA OITIVA EXTEMPORÂNEA DE TESTEMUNHA

O órgão ministerial suscitou uma preliminar de nulidade, pela oitiva extemporânea do auditor José Raimundo Monfredo Leite, o qual teria sido inquirido sem ter sido arrolado por nenhuma das partes e após o encerramento da instrução criminal. Alegou que **a mencionada testemunha foi ouvida na condição de “amigo da corte”** e que cometeu flagrante infração disciplinar, ao apontar em seu depoimento falhas no auto de infração lavrado por outra colega auditora, agindo, assim, em deslealdade para com a administração fazendária.

Analisando os autos, observa-se que o magistrado, invocando o art. 156, inciso II, do CPPB, determinou a oitiva do auditor fiscal Raimundo Monfredo, na condição de testemunha do juízo, a fim de **esclarecer questões técnicas do auto de infração por arbitramento.**

Diz o art. 156, inciso II, do CPPB: *“a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Por sua vez, preceitua o art. 209 do mesmo diploma legal: “o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.”*

Como se vê, não havia óbice legal para que o magistrado, antes de prolatar a sentença, ouvisse o mencionado auditor na condição de testemunha do juízo. Ao contrário, tal providência atende ao melhor direito, pois demonstra que o julgador procurou prolatar sua decisão com segurança, esclarecendo antes questões técnicas, que muitas vezes fogem à esfera jurídica e adentram em matérias contábeis sensíveis. Mais do que isto, constitui-se em dever legal do magistrado, no exercício de sua discricionariedade regrada,

buscar a verdade real e esclarecer todos os fatos, antes de firmar seu convencimento acerca do mérito da causa.

Assim caminha o entendimento da jurisprudência:

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TESTEMUNHA. OITIVA. DETERMINAÇÃO PELO JUIZ. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. “O posicionamento do Tribunal de origem alinha-se ao entendimento desta Corte Superior, no sentido de que, conforme preceitua o art. 209 do CPP, não configura nulidade a ouvida de testemunha indicada extemporaneamente pelo Ministério Público, como testemunha do Juízo”** (AgRg no AREsp 383.529/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 19/12/2017). Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1180653/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018)”

“HABEAS CORPUS. DELITO CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHAS. [...] **É de ser lembrado que estão encartados na legislação pátria diversos dispositivos legitimando a iniciativa probatória do juiz no curso do processo, a exemplo dos artigos 156, inciso II, 196, 209, 212 e seu parágrafo único, 234 e 616, todos do CPP, tudo a demonstrar que também cabe ao julgador, na inércia da parte ou na ausência da correta indicação ou coleta da prova, promover a busca da verdade para esclarecer os fatos e, assim, ter a segurança necessária para firmar sua convicção e emitir uma sentença, seja ela favorável ou não ao acusado.** [...] . Ordem concedida deferir a substituição das testemunhas defensivas. LIMINAR RATIFICADA. ORDEM CONCEDIDA. (Habeas Corpus Criminal, Nº 70082475914, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em: 24-09-2019)”

“HABEAS CORPUS CRIME. IMPUTAÇÃO AOS CRIMES DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, CONCUSSÃO E LAVAGEM DE CAPITAIS (ARTS. 288 E 316, DO CP; E ART. 1º, INCISO V, DA LEI N. 9.613/1998). ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL ANTE A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. PLEITO PELO SOBRESTAMENTO DA AÇÃO PENAL ATÉ O JULGAMENTO DO WRIT. DECISÃO DO MM. JUÍZO A QUO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. INDEFERIMENTO DE TESTEMUNHAS JÁ OUVIDAS PERANTE O JUÍZO, BEM COMO DE TESTEMUNHA QUE POSSUI RELAÇÃO APENAS A FATOS NARRADOS EM OUTRA AÇÃO PENAL. DESNECESSIDADE NA PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL. **NO MAIS, A OITIVA DE TESTEMUNHA DO JUÍZO É PLENAMENTE CABÍVEL. ENTENDIMENTO DO ART. 156, INCISO II, DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. NÃO COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO À PARTE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTE DO STJ.** CONHECE E DENEGA A ORDEM. (TJPR - 2ª C. Criminal - 0002721-40.2019.8.16.0000 - Piraquara - Rel.: Juíza Maria Roseli Guinessmann - J. 11.04.2019)”

Logo, não se vislumbra nulidade na oitiva do referido auditor fiscal, dada a expressa previsão legal para tanto e a inexistência de qualquer prejuízo à acusação. Assim, rejeito a preliminar.

PRELIMINAR DE NULIDADE

Apesar de não ter recorrido, a defesa suscitou em contrarrazões a existência de nulidade absoluta por cerceamento de defesa, visto que na audiência de instrução foi nomeado um defensor dativo para representar os recorridos, quando, em verdade, a audiência deveria ter sido suspensa, para que os apelados pudessem ser intimados a constituir novo advogado, após a renúncia ao patrocínio da causa, levada a efeito pelos causídicos outrora contratados.

Sem delongas, conforme relatado acima, os apelados em nenhum momento ficaram sem defesa técnica. Assim, eventual equívoco do magistrado, quando muito, seria nulidade de natureza relativa. Essa é a inteligência da súmula 523 do Egrégio STF: *“no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”*

Ora, sendo nulidade relativa, mister que seja demonstrado o efetivo prejuízo que dela adveio. Todavia, a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrá-lo. Se inexistente prejuízo concreto aos recorridos, não há nulidade a ser declarada, portanto, **rejeito a preliminar.**

MÉRITO

Em suma, o órgão ministerial alegou que a **sentença absolutória merece ser reformada**, uma vez que os delitos contra a ordem tributária prescindem de dolo específico, bastando para a consumação o dolo genérico presente na conduta do sujeito ativo. Aduziu, ainda, que falece competência ao juízo criminal para apreciar nulidades de atos da administração fazendária, portanto, **o exame de eventuais falhas no presente auto de infração ou no processo administrativo seriam matérias de competência exclusiva dos juízos fazendários.**

Ao final do seu recurso, o Ministério Público requereu a condenação dos recorridos, apontando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a presença das causas de aumento dos artigos 12, inciso I, da Lei 8.137/90 e 71, caput, do CPB, **bem como a condenação ao pagamento de R\$ 690.664,20 a título de reparação do dano.**

Segundo a sentença, os apelados teriam omitido operações tributáveis e deixado de recolher o ICMS em quatro oportunidades, ocorridas em dezembro de 2002 e em janeiro, setembro e dezembro de 2003, deixando de recolher aos cofres públicos R\$ 188.251,43, em valores da época, devidamente inscritos em dívida ativa.

Os pilares que sustentaram a decisão absolutória são: falta de prova do dolo em fraudar o fisco e prova insuficiente da materialidade do crime, em face de equívocos no auto de infração lavrado por arbitramento. Para facilitar o entendimento, examino cada um

de *per si*.

DA FALTA DE DOLO

Os crimes tributários previstos no art. 1º, incisos I e II da Lei 8.137/90 são de natureza material, os quais se consumam com a efetiva redução de tributo, ocasionada pela omissão nas declarações devidas às autoridades fazendária, após a constituição definitiva do crédito tributário⁴. Para tanto, é cediço na jurisprudência ser necessário apenas o dolo genérico. Não é imperativo a comprovação de qualquer finalidade específica para que a conduta do sujeito ativo seja considerada típica.

“PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I E II, DA LEI N. 8.137/1990). DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO STF. REUNIÃO DE FEITOS POR CONEXÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. FEITOS EM FASES DISTINTAS. INCIDÊNCIA DO ART. 80 DO CPP. CONVENIÊNCIA. PERÍCIA CONTÁBIL. INDEFERIMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. MATERIALIDADE DELITIVA VERIFICADA POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS DOS AUTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. REVOLVIMENTO DE PROVA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. MERA TRANSCRIÇÃO DE EMENTA. PRECINDIBILIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL (PAF). ILEGALIDADE. VIA INADEQUADA PARA DISCUSSÃO. PRECEDENTE. DENÚNCIA. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DO VÍNCULO ENTRE A POSIÇÃO DO AGENTE NA SOCIEDADE EMPRESÁRIA (ADMINISTRADOR) E O CRIME IMPUTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME FORMAL (ART. 2º, I, DA LEI N. 8.137/1990). IMPOSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVA CONDUTA MATERIAL (ART. 1º, I E II, DA LEI N. 8.137/1990). ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO GENÉRICO. PRECEDENTES. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. TESE DA "ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL POR MEIO ATÍPICO". INVIABILIDADE. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESTA PARTE, NÃO PROVIDO. [...] 8. **As condutas previstas no art. 1º, I a IV, da Lei n. 8.137/1990 são crimes materiais que se tipificam com a efetiva redução de tributos federais, verificadas a partir da constituição definitiva do crédito tributário. [...] 10. Para a caracterização do crime do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, basta a demonstração do resultado, caracterizado pela efetiva redução de tributos federais. Para tanto, é suficiente a demonstração do dolo genérico. Precedentes. [...]** 14. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, não provido. (REsp 1390649/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIET-

⁴ Súmula Vinculante 24 STF: não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.

TI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016)”

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIME TRIBUTÁRIO. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. ICMS COBRADO DO SUBSTITUÍDO. NÃO RECOLHIMENTO AOS COFRES PÚBLICOS. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE. MERO INADIMPLEMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. DOLO ESPECÍFICO. INEXIGÊNCIA. [...] II - "Não há falar em atipicidade da conduta de deixar de pagar impostos, pois é o próprio ordenamento jurídico pátrio, no caso a Lei 8.137/1990, que incrimina a conduta daquele que deixa de recolher, no prazo legal, tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação, e que deveria recolher aos cofres públicos, nos termos do artigo 2º, inciso II, do referido diploma legal" (RHC n. 44.466/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 29/10/2014). **III - E esse entendimento aplica-se ao caso de não recolhimento de ICMS que foi incluído em serviços ou mercadorias colocadas em circulação, mas não recolhido aos cofres públicos, como na presente hipótese. (Precedentes).** IV - "O tipo penal previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 não exige elemento subjetivo específico, mas apenas o ato voluntário de deixar de repassar ao fisco o valor do tributo descontado ou cobrado de terceiro na qualidade de sujeito passivo da obrigação, ainda que declarado, sendo irrelevante o especial fim de se apropriar de tal numerário ou de obter proveito particular com o crime" (AgRg no AREsp n. 772.503/SC, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 29/2/2016). Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1631400/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 18/10/2017)

No caso dos autos, é incontroverso que os apelados, na qualidade de proprietários da sociedade empresária, teriam omitido operações tributáveis nos livros fiscais e deixado de recolher o ICMS devido. Tal conduta omissiva é suficiente para caracterizar o dolo exigido nas figuras típicas do art. 1º, I e II, da Lei 8.137/90, sendo evidente a sonegação fiscal.

Na hipótese, a responsabilidade no crime tributário em tela deriva da previsão legal insculpida artigo 135 do CTN⁵, **que atribui ao administrador da empresa a obrigação de manter o fisco regularmente informado acerca da aquisição, estoque e venda de mercadorias relacionadas a atividade empresarial.**

DA PROVA INSUFICIENTE DA MATERIALIDADE DO CRIME

Primeiramente, cumpre esclarecer que a jurisprudência tem conferido validade ao

auto de infração por arbitramento⁶. Igualmente, vale ressaltar que assiste razão ao órgão ministerial quando afirma em seu recurso que o juízo criminal não é sede adequada para discussões acerca da nulidade do auto de infração e do procedimento administrativo fiscal a que deu ensejo, uma vez que ações deste jaez, visando a anulação do crédito tributário, são afetas ao juízo fazendário⁷.

Ocorre que a sentença absolutória não declarou a nulidade do auto de infração. Apenas o considerou insuficiente para comprovar a materialidade do crime, diante dos equívocos apontados pelo auditor fiscal ouvido como testemunha do juízo. Vejamos o trecho da sentença em que o juiz explicita as irregularidades do auto de infração.

“[...] O primeiro equívoco consistiu na inversão da ordem de aplicação do valor de agregação, pois a agregação deveria ter sido aplicada após se

⁶ “PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI 8.137/90. OMISSÃO DE RECEITAS. DECLARAÇÕES FALSAS DE TRIBUTOS FEDERAIS. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. LANÇAMENTO POR ARBITRAMENTO. LEGITIMIDADE. NÃO PROVIMENTO. [...] A despeito de seu caráter excepcional e da necessidade de que sua utilização somente seja feita como última ratio pela Administração Fazendária, diante da impossibilidade de aferição dos tributos reduzidos ou suprimidos pelo contribuinte, como consequência de sua omissão ou das declarações imprecisas que tenha prestado ao fisco, a técnica do lançamento por arbitramento é plenamente legítima e, mais que isto, necessária, para o fim de impedir a consolidação da ilicitude cometida, assegurando-se a quantificação e recolhimento dos tributos. (ACR 0002929-03.2013.4.01.3810, JUIZ FEDERAL HENRIQUE GOUVEIA DA CUNHA (CONV.), 4ª TURMA, e-DJF1 08/09/2016) 6. Não provimento da apelação. (TRF-1 - AC: 00012959120114013502, Relator: JUIZ FEDERAL JOSÉ ALEXANDRE FRANCO, Data de Julgamento: 12/02/2020, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 21/02/2020)”

⁷ “APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, inciso II, DA LEI 8.137/90. PRELIMINAR. NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO. REJEITADA. [...] RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **1. O processo criminal não é a via adequada para o exame de eventual desobediência ao devido processo legal ocorrida no procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário, na qual a Fazenda Pública não é parte ou exerce o contraditório, devendo a Defesa, a seu juízo, buscar o suposto reconhecimento de nulidade do procedimento fiscal em sede própria, no âmbito administrativo ou no juízo cível.** [...] Recurso parcialmente provido. (TJ-DF 20160110630207 DF 0016763-48.2016.8.07.0001, Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 21/02/2019, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 28/02/2019 . Pág.: 501-510)”

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL E DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI 8.137/1990 E ART. 337-A DO CP. MATERIALIDADE. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO FISCAL. JUSTA CAUSA. ALEGAÇÃO DE VÍCIO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. VIA INADEQUADA. [...] AGRAVO DESPROVIDO. [...] **2. É descabida a discussão sobre a nulidade ou não do procedimento administrativo fiscal em processo criminal. A alegação da existência de vícios no referido procedimento deve ser manejada na esfera adequada para o exercício da pretensão anulatória do crédito tributário, e não no âmbito da Justiça Criminal. Precedentes.** [...] 8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 469.137/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 13/12/2017)

⁵ “Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: [...] **III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado**”

abater o valor do ICMS de entrada, tendo a auditora fazendária responsável pela autuação aplicado antes de fazê-lo, inversão essa que aumentou o valor do Ainf em, aproximadamente, 49%. O documento de fls. 56 comprova o equívoco apontado pela testemunha. O segundo equívoco ocorreu quando a auditora considerou, por presunção, que todas as mercadorias que entraram no estabelecimento teriam saído, uma vez que, intimado por edital, o contribuinte não apresentou os documentos solicitados. Porém, como observado pela testemunha do juízo, o auditor fiscal Raimundo Monfredo, a auditora responsável pela autuação não poderia ter se utilizado da presunção de saída de todas as mercadorias, pois o contribuinte havia entregado todas as Diefs do período, incluindo a dos anos seguintes, nas quais estava declarado o estoque do contribuinte no ano anterior. Assim, os valores constantes nas Diefs, devidamente lançados, deveriam ter sido abatidos do valor da autuação, o que diminuiria muito a base de cálculo do ICMS devido Portanto, considerando os equívocos apontados, entendo que a materialidade delitiva deve ser afastada diante da fragilidade do Ainf que serviu de base ao oferecimento da denúncia. [...]”

Em que pese os equívocos apontados pelo magistrado, o crédito tributário foi devidamente constituído, com o lançamento definitivo do tributo, nos moldes exigidos pela súmula vinculante 24 do STF⁸. Desta forma, não há que se falar em prova insuficiente da materialidade do crime, mormente porque é incontroverso nos autos, repita-se, que os recorridos teriam omitido operações tributáveis e deixado de recolher o ICMS em dezembro de 2002, bem como em janeiro, setembro e dezembro de 2003, fato este confirmado pelo próprio magistrado, que mesmo assim prolatou sentença absolutória, por presumir que *“possa ter ocorrido alguma falha no setor administrativo da empresa contribuinte”*.

“[...] ainda que considerássemos o Ainf como prova válida de materialidade delitiva, o próprio dolo dos acusados em fraudar o Fisco não ficou comprovado, uma vez que durante o período apurado (anos de 2002 e 2003) os supostos ilícitos penais ocorreram apenas em 4 meses (dezembro de 2002 e janeiro, setembro e dezembro de 2003), significando que, com alguma dosagem de verossimilhança, talvez possa ter ocorrido alguma falha no setor

⁸ “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL E DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI 8.137/1990 E ART. 337-A DO CP. MATERIALIDADE. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO FISCAL. JUSTA CAUSA. ALEGAÇÃO DE VÍCIO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. VIA INADEQUADA. [...] AGRAVO DESPROVIDO. A materialidade delitiva foi afirmada pela instância ordinária com fundamento na constituição definitiva do crédito tributário. No ponto, portanto, o acórdão recorrido atende à orientação jurisprudencial consolidada pela Súmula Vinculante 24/STF, no sentido de que a aferição dos crimes materiais contra a ordem tributária depende do completo exaurimento do processo administrativo destinado ao lançamento definitivo do tributo. [...] (AgRg no AREsp 469.137/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 13/12/2017)”

administrativo da empresa contribuinte [...]”

Ora, constituído definitivamente o crédito tributário e não havendo prova de sua anulação, vige a presunção de legitimidade do ato administrativo⁹. Assim, forçoso reconhecer que resta provada a materialidade do crime, com a demonstração do resultado naturalístico, qual seja, o não pagamento à época de R\$ 188.251,43 de ICMS, produto da omissão de informações nos livros fiscais, os quais os recorridos tinham por obrigação atualizar, enquanto proprietários da empresa. Também presente o elemento subjetivo do tipo, representado pelo dolo genérico. **Portanto, o fato é típico, antijurídico, culpável e causou um grande prejuízo ao erário. Desta feita, a reforma da sentença se impõe.**

DISPOSITIVO

Ante o exposto, reformo a sentença e julgo procedente a denúncia, para condenar os recorridos Alia Bensimon Bemerguy e Moyses Bemerguy, nas penas do crime contra a ordem tributária, tipificado no **art. 1º, incisos I e II da Lei n.º 8.137/90**. Passo ao cálculo da sanção.

DOSIMETRIA

RECORRIDA ALIA BENSIMON BEMERGUY

Considerando a **culpabilidade** da recorrida como favorável, pois trata-se de comerciante, cuja conduta delituosa não ultrapassou ao previsto no tipo penal. Avaliando os seus **antecedentes** como favoráveis, visto que não há notícia de condenação transitada em julgado. A **conduta social** e **personalidade** sem condições de aferição, por ausência de elementos contidos nos autos. Levando em conta os **motivos** como inerentes ao tipo penal, pois as omissões foram perpetradas na tentativa de reduzir os impostos devidos, o que já é punido pela lei, bem como as **circunstâncias do crime** como normais a espécie. As **consequências do delito são desfavoráveis**, visto que a supressão de tributo leva, por óbvio, a baixa arrecadação do Estado, que fica privado de executar políticas públicas, ocasionando, por consequência, dano à coletividade. Por fim, considerando impossível de valoração o **comportamento da vítima**, hei de fixar a **pena-base em dois anos e quatro meses de reclusão e trinta dias-multa**, no valor de um trigésimo do maior salário míni-

⁹ “PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LEI Nº 8.137/90, ART. 1º, INC. I. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO, DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA E ILEGALIDADE DA CSLL SOBRE RECEITAS DE EXPORTAÇÃO. JUÍZO CÍVEL. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS. CITAÇÃO EDITALÍCIA. VALIDADE. LICITUDE DA PROVA. LC 105/2001. TIPICIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. COMPROVAÇÃO. [...] Em razão da independência das esferas judiciais, excepcionalmente, a discussão no juízo cível trará consequências à ação penal. Constituído definitivamente o crédito tributário e não havendo prova de sua anulação, vige presunção de legitimidade do ato administrativo [...] (TRF-4 - ACR: 685045620034047000 PR 0068504-56.2003.4.04.7000, Relator: LUIZ CARLOS CANALLI, Data de Julgamento: 05/12/2012, SÉTIMA TURMA)”

mo vigente a época do fato, em atenção a presença de um vetor judicial desfavorável.

Há uma atenuante, visto que a apelada tem mais de setenta anos na data deste julgamento¹⁰ (fl. 02). Por conseguinte, reduzo a sanção em **três meses e dez dias-multa**, encontrando a **pena de dois anos, um mês de reclusão e vinte dias-multa**. Inexistente qualquer agravante. Igualmente, não há minorantes a considerar, contudo, o Ministério Público pugna pela aplicação de duas causas de aumento. A primeira delas está prevista no art. 12, inciso I, da Lei 8.137/90¹¹ e implica na majoração da pena de um a dois terços, quando o crime tributário ocasiona grave dano à coletividade. Ocorre que esta circunstância já foi avaliada quando da fixação da pena-base, o que impede nova valoração, sob pena de *bis in idem*.

A segunda majorante diz respeito ao crime continuado. Ela está prevista no art. 71 do CPB, o qual elenca os seguintes requisitos para que seja reconhecida: pluralidade de condutas, crimes da mesma espécie e o elo de continuidade entre os delitos, expresso pela prática nas mesmas condições de tempo, lugar e idêntica forma de execução.

Na hipótese, a recorrida, na condição de administradora da sociedade empresária, omitiu operações tributáveis e deixou de recolher o ICMS em dezembro de 2002 e em janeiro, setembro e dezembro de 2003, portanto, **de forma esporádica e não em perfeita continuidade**.

Ora, ainda que estejamos diante de várias condutas, observa-se no caso concreto que o elo de continuidade foi rompido, visto que os ilícitos não foram perpetrados em sequência, havendo entre alguns meses um liame superior a trinta dias, o que tem o condão de descaracterizar o requisito “mesmas condições de tempo”, insculpido no art. 71 do CPB¹².

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, INCISO II, DA LEI 8.137/90). INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. DESCRIÇÃO SATISFATÓRIA DAS CONDUTAS DELITIVAS. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE INFRAÇÃO PENAL EM TESE. AMPLA DEFESA GA-

¹⁰ Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

¹¹ “Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º: I - ocasionar grave dano à coletividade;”

¹² “Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.”

RANTIDA. SUPERVENIÊNCIA DA CONDENAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 41 DO CPP. INEXISTÊNCIA [...] VÍCIO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. ESFERA INADEQUADA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. VERIFICAÇÃO QUE DEMANDA O REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE [...] CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL DISSOCIADO DAS RAZÕES DE VULNERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO STF. INTERVALO DE TEMPO SUPERIOR A TRINTA DIAS ENTRE AS CONDUTAS DELITUOSAS. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. [...] **Ademais, incabível a incidência do crime continuado quando o espaço de tempo entre as condutas criminosas supera os 30 dias, período suficiente para caracterizar a autonomia entre os fatos delituosos. Incidência do Enunciado n.º 83 da Súmula desta Corte.** 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 542.556/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018)”

“PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ARTS. 168-A E 337-A, III, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. ANÁLISE DA CONSUNÇÃO. INVIÁVEL REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. SÚMULA 83 DO STJ. [...] **Esta Corte de Justiça pacificou o entendimento de que não se aplica o art. 71 do Estatuto Repressor quando ultrapassado o limite temporal de 30 (trinta) dias entre as condutas, uma vez que o decurso do referido prazo descaracterizaria o requisito "mesmas condições de tempo".** 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1464120/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 09/10/2015)”

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º, INCISO III, DA LEI 8.137/1990). INSTAURAÇÃO DE DIVERSOS INQUÉRITOS E DEFLAGRAÇÃO DE UMA AÇÃO PENAL CONTRA A RECORRENTE. ALEGADA OCORRÊNCIA DE CRIME ÚNICO. FATOS QUE TERIAM SIDO PRATICADOS NAS MESMAS CONDIÇÕES DE TEMPO E LUGAR E COM A MESMA MANEIRA DE EXECUÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. [...] **No caso dos autos, conquanto os impetrantes entendam que a recorrente teria praticado crime único, em continuidade delitiva, o certo é que os ilícitos a ela atribuídos teriam ocorrido em meses diversos entre os anos de 2003 e 2007, havendo dúvidas se os lapsos temporais entre as condutas a ela imputadas permitiriam a aplicação da regra contida no artigo 71 do Código Penal, o que reforça a impossibilidade de se reconhecer a mencionada ficção jurídica na espécie. 3. Isso porque, tal como destacado na origem, haveria espaço de tempo superior a 30 (trinta) dias entre os ilícitos assestados à recorrente, o que, a princípio, poderia obstaculizar o reconhecimento da continuidade**

delitiva, consoante vem decidindo este Sodalício. [...] 5. Recurso improvi-
do. (RHC 38.675/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em
25/03/2014, DJe 02/04/2014)”

Na hipótese, não se vislumbra a existência de concurso material, mais sim de crime
único, uma vez que a intenção do agente em lesar o fisco é única, mesmo que executada
em diferentes ações.

“APELAÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INC. II, DA LEI Nº
8.137/90. OMISSÃO DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. ICMS. CRI-
ME ÚNICO. AFASTADA A CONTINUIDADE DELITIVA. POSIÇÃO REVISADA. [...] **Afastada a continuidade delitiva (art. 71, do CP), para reconhecer o crime
único, visto que a intenção do agente de lesar o Fisco é única, ainda que
executada através de diversas ações posteriores.** Relator vencido nesta
parte. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. POR MAIORIA. (Apelação
Crime Nº 70060356979, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS,
Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 04/12/2014)”

“APELAÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INC. II, DA LEI Nº
8.137/90. OMISSÃO DE TRIBUTO ESTADUAL ICMS. CONDENAÇÃO IMPOSITIVA.
[...] **Afastada a continuidade delitiva (art. 71, do CP), para reconhecer o cri-
me único, visto que a intenção do agente de lesar o Fisco é única, ainda que
executada através de diversas ações posteriores.** APELAÇÕES DEFENSIVAS
PROVIDAS EM PARTE. (Apelação Crime Nº 70061409926, Quarta Câmara Cri-
minal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em
11/12/2014)”

Logo, não havendo mais majorantes, fixo a sanção em **dois anos e um mês de reclu-
são, a ser cumprida em regime aberto, mais vinte dias-multa**, no valor de um trigésimo do
maior salário mínimo vigente a época do fato, pena esta que torno definitiva, concreta
e final.

Inaplicável a suspensão condicional da pena, pois cabível a substituição da sanção
corporal por medida restritiva de direito, ex vi do art. 77, III, do CPB¹³. Com efeito, observa-
-se que a recorrida preenche os requisitos do art. 44 do CPB¹⁴, pois tem bons antecedentes

¹³ Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (qua-
tro) anos, desde que: I. o condenado não seja reincidente em crime doloso; II a culpabilidade, os antecedentes, a conduta
social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III. não
seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

¹⁴ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada
pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à
pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a

e recebeu pena inferior a quatro anos, por crime cometido sem violência. Constatada-se,
outrossim, que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB lhes são, em parte, favoráveis
e indicam que a pena restritiva de direito é suficiente para reprimir a conduta criminosa.
Desta feita, substituo a pena corporal por duas sanções restritivas de direito, quais sejam,
o recolhimento domiciliar e a prestação de serviços à comunidade, a serem fixadas pelo
juízo da execução.

RECORRIDO MOYSES BEMERGUY

Considerando a **culpabilidade** do recorrido como favorável, pois trata-se de comer-
ciante, cuja conduta delituosa não ultrapassou ao previsto no tipo penal. Avaliando os
seus **antecedentes** como favoráveis, visto que não há notícia de condenação transitada
em julgado. A **conduta social** e **personalidade** sem condições de aferição, por ausência
de elementos contidos nos autos. Levando em conta os **motivos** como inerentes ao tipo
penal, pois as omissões foram perpetradas na tentativa de reduzir os impostos devidos,
o que já é punido pela lei, bem como as **circunstâncias do crime** como normais a espé-
cie. As **consequências do delito são desfavoráveis**, visto que a supressão de tributo leva,
por óbvio, a baixa arrecadação do Estado, que fica privado de executar políticas públicas,
ocasionando, por consequência, dano à coletividade. Por fim, considerando impossível
de valoração o **comportamento da vítima**, hei de fixar a **pena-base em dois anos e quatro
meses de reclusão e trinta dias-multa**, no valor de um trigésimo do maior salário míni-
mo vigente a época do fato, em atenção a presença de um vetor judicial desfavorável.

Há uma atenuante, visto que o apelado tem mais de setenta anos na data deste jul-
gamento¹⁵ (fl. 02). Por conseguinte, reduzo a sanção em **três meses e dez dias-multa**, en-
contrando a **pena de dois anos, um mês de reclusão e vinte dias-multa**. Inexistente qual-
quer agravante. Igualmente, não há minorantes a considerar, contudo, o Ministério Público
pugna pela aplicação de duas causas de aumento. A primeira delas está prevista no art.
12, inciso I, da Lei 8.137/90¹⁶ e implica na majoração da pena de um a dois terços, quando
o crime tributário ocasiona grave dano à coletividade. Ocorre que esta circunstância já foi
avaliada quando da fixação da pena-base, o que impede nova valoração, sob pena
de *bis in idem*.

A segunda majorante diz respeito ao crime continuado. Ela está prevista no art. 71 do
CPB, o qual elenca os seguintes requisitos para que seja reconhecida: pluralidade de con-
dutas, crimes da mesma espécie e o elo de continuidade entre os delitos, expresso pela
prática nas mesmas condições de tempo, lugar e idêntica forma de execução.

culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstân-
cias indicarem que essa substituição seja suficiente.

¹⁵ Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou
maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

¹⁶ “Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:
I - ocasionar grave dano à coletividade;”

Na hipótese, não se vislumbra a existência de concurso material, mais sim de crime único, uma vez que a intenção do agente em lesar o fisco é única, mesmo que executada em diferentes ações.

Na hipótese, o recorrido, na condição de administrador da sociedade empresária, omitiu operações tributáveis e deixou de recolher o ICMS em dezembro de 2002 e em janeiro, setembro e dezembro de 2003, portanto, **de forma esporádica e não em perfeita continuidade**.

Ora, ainda que estejamos diante de várias condutas, observa-se no caso concreto que o elo de continuidade foi rompido, visto que os ilícitos não foram perpetrados em sequência, havendo entre alguns meses um liame superior a trinta dias, o que tem o condão de descaracterizar o requisito “mesmas condições de tempo”, insculpido no art. 71 do CPB.

Logo, não havendo mais majorantes, fixo a sanção em **dois anos e um mês de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais vinte dias-multa**, no valor de um trigésimo do maior salário mínimo vigente a época do fato, pena esta que torno definitiva, concreta e final.

Inaplicável a suspensão condicional da pena, pois cabível a substituição da sanção corporal por medida restritiva de direito, ex vi do art. 77, III, do CPB. Com efeito, observa-se que o recorrido preenche os requisitos do art. 44 do CPB, pois tem bons antecedentes e recebeu pena inferior a quatro anos, por crime cometido sem violência. Constata-se, outrossim, que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB lhes são, em parte, favoráveis e indicam que a pena restritiva de direito é suficiente para reprimir a conduta criminosa. Desta feita, substituo a pena corporal por duas sanções restritivas de direito, quais sejam, o recolhimento domiciliar e a prestação de serviços à comunidade, a serem fixadas pelo juízo da execução.

DA PRESCRIÇÃO

É cediço que a prescrição é a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo, ou seja, pelo seu não exercício no prazo previsto em lei. Trata-se de matéria de ordem pública, passível de ser conhecida de ofício em qualquer grau de jurisdição, com regras, **causas interruptivas e suspensivas previamente previstas em Lei**.

No caso em apreço, os recorridos foram condenados à pena de dois anos e um mês de reclusão, a qual tem prazo prescricional de oito anos, conforme estabelece o art. 109, IV, do CPB¹⁷. Ocorre que referido prazo cai pela metade, por força da regra do art. 115 deste diploma¹⁸, uma vez que os recorridos possuem ao tempo desta condenação mais de se-

¹⁷ Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: [...] IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro.

¹⁸ Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos

tenta anos (fl. 02). *In casu*, entre **09/05/2013**, data do recebimento da denúncia (fl. 94) e o dia desta sessão de julgamento, **transcorreram-se mais de quatro anos. Logo, claro está a ocorrência do fenômeno da prescrição**. Por esta razão, não há como não se extinguir a punibilidade dos recorridos de ofício, nesta assentada.

Deixo de fixar o montante a título de reparação do dano requerido pelo órgão ministerial, em face do reconhecimento da prescrição. Deveras, a reparação do dano é efeito da sentença penal de natureza condenatória, conforme expressamente estabelece o art. 387 CPP¹⁹. Havendo *decisum* que extingue a punibilidade, é indevido, inócuo e inviável eventual fixação de valores de reparação de dano causado à vítima.

“PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. FIXAÇÃO DE VALOR A TÍTULO DE REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA SEM CARÁTER CONDENATÓRIO. 1.Considerando que o apelante encontra-se condenado e que a respectiva sentença condenatória já transitou em julgado para a acusação, a teor do disposto no art. 110, § 1º, do Código Penal, a prescrição deve ser calculada com base na pena concretamente fixada. 2. Na espécie, entre a data do recebimento da denúncia ocorrida em 06.08.2007 (fl. 02) e a data da publicação da sentença (11.03.2014 - fl. 185) decorreu período de tempo superior a quatro (04) anos, sem que houvesse qualquer outro marco interruptivo ou suspensivo, operando-se a prescrição. **3.A fixação de valores a título de reparação dos danos causados ao ofendido é um efeito da sentença condenatória, conforme a dicção do art. 387, do Código de Processo Penal. Dessa forma, resta indevida a fixação de reparação de danos causados à vítima, em sentença extintiva de punibilidade, a qual não condena, nem tampouco absolve o réu.** 4.Merece destaque o fato de que a alteração do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, que passou a prever a reparação dos danos à vítima, advém da promulgação da Lei nº 11.719/2008, que é posterior ao cometimento do crime, e não pode retroagir para prejudicar o apelante. 5. Extinção da Punibilidade. Unanimidade. (TJ-MA - APL: 0161832014 MA 0011619-27.2007.8.10.0001, Relator: JOSE DE RIBAMAR FROZ SOBRINHO, Data de Julgamento: 18/05/2015, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 19/05/2015)”

Ante o exposto, data vênia do parecer, dou parcial provimento ao apelo, mas de ofício **declaro a extinção da punibilidade dos recorridos pela prescrição**, nos exatos termos da

Art. 387. O juiz, ao proferir **sentença condenatória**: [...] IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido

fundamentação.

Belém, 07 de abril de 2021.

Des. Rômulo José Ferreira Nunes
Relator

Habeas Corpus

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) - 0803206-27.2020.8.14.0000
IMPETRANTE: DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DO PARÁ
PACIENTE: ROBERTA KARINE OLIVEIRA DE SOUSA
AUTORIDADE COATORA: JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÃO PENAL, COMARCA DE ANANINDEUA, COMARCA DE MARABÁ, JUÍZO DA 2ªVARA CRIMINAL DE SANTARÉM/PA, 3ª VARA CRIMINAL DE BELEM
RELATOR(A): Desembargadora VÂNIA LÚCIA CARVALHO DA SILVEIRA

EMENTA: HABEAS CORPUS COLETIVO. TODAS AS PESSOAS PRESAS, QUE VIEREM A SER PRESAS PROVISÓRIAS OU CONDENADAS, E QUE ESTEJAM NO GRUPO DE RISCO DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS, IDENTIFICADAS GESTANTES E LACTANTES, ESTENDIDA PARA AS QUE POSSUEM FILHO MENOR DE 12 (DOZE) ANOS OU COM DEFICIÊNCIA. ROL DE 10 (DEZ) DETENTAS LISTADAS, DENTRE GRÁVIDAS E LACTANTES. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NÃO INDICAÇÃO DE AUTORIDADE COATORA ESPECÍFICA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM NÃO CONHECIDA. DECISÃO UNÂNIME.

1. Tratando-se o habeas corpus de ação de rito sumário, a ausência de especificação da autoridade coatora, diante da apresentação do rol de 10 (dez) pacientes, implica diretamente na avaliação dos pressupostos de admissibilidade de ação mandamental.
2. Carecendo o remédio constitucional de prova pré-constituída, quedou-se a impetração quanto ao fornecimento de elementos indispensáveis ao exame da situação de cada detenta, no intuito de, assim, ser observado o enquadramento na Recomendação n.º 62 do Conselho Nacional de Justiça.
3. No caso, não restou demonstrada a coletividade aduzida na ação mandamental. Não fora anexado um único documento que esclareça a situação processual de cada detenta, se presa provisória ou em cumprimento de pena definitiva, a ensejar a aplicação do regramento contido na Lei Adjetiva Penal ou na Lei de Execuções Penais.
4. Dessarte, não há ato abusivo ou ilegal a ser combatido. Na hipótese, sequer consta ter sido efetuado pedido similar no Juízo de origem sobre eventual possibilidade de prisão domiciliar por conta da pandemia do COVID-19. A questão não foi enfrentada pelo Juízo Natural, portanto, a apreciação por este Tribunal implicaria em supressão de instância, o que não se pode permitir.
5. Ordem não conhecida. Decisão unânime.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da Seção de Direito Penal, à unanimidade, em **não conhecer** da ordem impetrada, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Sala das Sessões do Plenário Virtual do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, iniciada às 14h00min do dia vinte e três e encerrada às 14h00min do dia vinte e cinco do mês de junho de 2020.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Leonam Gondim da Cruz Júnior.

Belém/PA, 25 de junho de 2020.

Desembargadora VÂNIA LÚCIA SILVEIRA
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de habeas corpus coletivo repressivo e preventivo com pedido de liminar, impetrado pela defensoria pública do Estado do Pará, em favor de **todas as pessoas presas, que vierem a ser presas provisórias ou condenadas, e que estejam no grupo de risco da pandemia de coronavírus, identificadas gestantes e lactantes, estendida para as que possuem filho menor de 12 (doze) anos ou com deficiência**, indicando como autoridade coatora todos os Juízos Criminais de 1º grau e de Execução Penal do Estado do Pará.

Consta da impetração o rol das seguintes gestantes: ROBERTA KARINE OLIVEIRA DE SOUSA – CRF/SANTARÉM; OHANA PARAGUAÇU AZEVEDO REIS – CRF/SANTARÉM; IRISLENE DA SILVA MIRANDA – CRF/MARABÁ; TAINAN CARNEIRO ALMEIDA – CRF/MARABÁ; DAMIANA DE AMORIM ALFAIA – CRF/ANANINDEUA; e, CAROLINA MARTINS BATISTA – CRF/ANANINDEUA. Como lactantes, identifica: EVA BEZERRA CORREA; GLENDA RANIELLY MESQUITA PINTO – CRF/ANANINDEUA; FRANCISCA MARCIEL SARDINHA – CRF/ANANINDEUA; e ELAINE SARGES AQUINO – CRF/ANANINDEUA.

Sustenta a impetração que, em face da declaração de pandemia decorrente da enfermidade ocasionada pelo vírus Covid-19, a chance das pacientes, quando lactantes, e de seus filhos, de serem infectadas dentro do sistema carcerário é muito maior do que se estiverem fora dele. Acrescenta que o desencarceramento dessas pessoas representa um incremento em suas chances de sobrevivência à pandemia, bem como um aumento da

possibilidade em manter a curva epidemiológica achatada evitando o colapso do sistema de saúde.

Enfatiza que, para a população carcerária do Estado do Pará, ainda não foi adotada nenhuma medida efetiva de saúde pública para a proteção da saúde e vida das pessoas presas e dos agentes penitenciários que trabalham nas unidades prisionais do estado. Que a simples análise do Mapa Carcerário demonstra a superlotação crônica do sistema prisional paraense.

Salienta que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação n.º 62/2020, prevê aos Tribunais e Magistrados a “*adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – COVID-19 no âmbito dos Sistemas de Justiça Penal e Socio-educativo*”, dentre as quais, a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, e a concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante no 56 do Supremo Tribunal Federal, priorizando-se mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco.

Argumenta que a ausência de vacinas eficazes e o alto índice de contágio do COVID-19, além das sabidas condições precárias de higiene e superlotação dos presídios públicos, demonstra a vulnerabilidade flagrante em que se encontram as gestantes e lactantes no sistema prisional. Nesse contexto, em termos práticos, seguindo as diretrizes da OMS e as medidas adotadas pelos entes federativos até o momento, evitar que as gestantes passem por situações de aglomeração ou contato com pessoas com infecções respiratórias é a medida que se impõe para evitar a propagação da doença e de mais mortes, além dos efeitos ainda desconhecidos sobre os bebês.

Por outra banda, no tocante a mães com filhos menores de 12 (doze) anos ou com deficiência, aduz que crianças que têm suas mães encarceradas, em sua grande maioria, encontram-se sob a guarda das/os avós/ôs ou instituições de acolhimento. De modo que, no primeiro caso, aumenta-se o risco de contaminação de pessoas em grupo de risco; no segundo, expõe-se a própria criança a maior risco, uma vez que instituições de acolhimento têm maior circulação de pessoas do que uma residência familiar.

Ressalta que o princípio da proteção integral da infância e adolescentes impõe, no presente caso, que seja levado em consideração o interesse da criança, de forma preponderante a qualquer outro interesse, com o fim de lhe assegurar o sadio desenvolvimento. “*Assim, para assegurar o bem-estar e a saúde das crianças, dos idosos, das pessoas com deficiência e da população em geral é preciso garantir a estrita observância da lei e da Constituição Federal, também no tocante às mulheres presas que têm filhos nessas hipóte-*

ses. Isto também garante a cessação da violação do direito à saúde dessas mulheres, bem como daquelas que eventualmente não serão postas em liberdade ou prisão domiciliar, pois diminui a concentração de pessoas nos presídios.”

Assevera que, sob este enfoque, “devem ser postas em liberdade ou, ao menos, em prisão domiciliar, todas as mulheres nessas condições, tanto aquelas presas preventivamente (com ou sem condenação provisória), como aquelas presas definitivamente, tendo em vista também a Recomendação nº 62 de 2020 do CNJ que inclui mulheres em cumprimento de pena em regimes fechado e semiaberto para a antecipação da liberdade.”

Ao final requer:

“a) Conhecimento do writ por preencher os requisitos legais eis que de competência dessa E. Corte a apreciação da manutenção de pessoas presas por ordem dos juízes de conhecimento e de execução penas (sic) de primeiro grau, além da possibilidade de conhecimento ex officio das hipóteses de presos respondendo processo e m grau de recurso;

b) liminarmente, que seja concedida a ordem para que TODAS AS MULHERES GESTANTES OU LACTANTES, especialmente as listadas no anexo, MÃES DE FILHOS ATÉ 12 ANOS OU COM DEFICIÊNCIA, por decisão do Judiciário Paraense, de primeira instância, com extensão ex officio às decisões desse Tribunal de Justiça, sejam colocadas em prisão domiciliar, ainda que com monitoramento eletrônico ou regime aberto domiciliar;

b) após regular trâmite do feito, no mérito, que seja concedida a ordem para confirmar a liminar requerida anteriormente, ou, em caso de não concessão de liminar, que seja concedida a ordem para que TODAS AS MULHERES GESTANTES OU LACTANTES, MÃES DE FILHOS ATÉ 12 ANOS OU COM DEFICIÊNCIA, por decisão do Judiciário Paraense, de primeira instância, com extensão ex officio às decisões desse Tribunal de Justiça, sejam colocadas em prisão domiciliar ou regime aberto domiciliar;

c) A par disso, considerando que a situação admite a aplicação do art. 580, CPP, requer-se seja liminarmente estendido os efeitos da ordem anteriormente concedida para as mulheres nessa situação em prisão provisória, agora para aquelas condenadas definitivamente, com a confirmação da liminar ao final.

d) a intimação pessoal da Defensoria Pública de todos os atos processuais bem como a observância de todas as prerrogativas previstas no art. 44 da LC 80/94 e LCE 054/06.

Juntou como documentação a lista de gestantes e lactantes fornecida à Defensoria Pública pela Coordenadoria de Assistência Social da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP.

Na decisão de ID 2948169, indeferi a tutela emergencial. Determinei, entretanto, a intimação Defensoria Pública para que, no prazo de 24h (vinte e quatro horas), indicasse a autoridade coatora relativa a cada uma das 10 (dez) detentas listadas na impetração. Ciente o Órgão Defensor, todavia, este manteve-se inerte quanto à mencionada diligência.

Em manifestação, a Procuradora de Justiça Maria Célia Filocreão Gonçalves pronunciou-se pela efetuação de novas diligências, acolhidas por esta Relatora, em Despacho de ID 3001860, no sentido de que o writ fosse novamente remetido ao Órgão impetrante, a fim de que indicasse a autoridade coatora relativa a cada uma das 10 (dez) detentas listadas na impetração. Ciente a Defensoria Pública, novamente deixou de efetuar qualquer pronunciamento.

Em parecer derradeiro, a douta Procuradora de Justiça assim opina pelo não conhecimento da ordem, em razão da ausência de prova pré-constituída e não comprovação de constrangimento ilegal, de forma individualizada, para cada Paciente/Apenada. Não sendo esse o entendimento de Vossas Excelências, pela denegação do mandamus.

É o relatório.

VOTO

No caso em comento, observo, desde já, a **impossibilidade de ser procedida a análise por esta Egrégia Corte de Justiça dos argumentos aventados na impetração**, porquanto deficiente a instrução do writ em apreço.

Tratando-se o habeas corpus de ação de rito sumário, de natureza célere e que demanda a produção de prova pré-constituída, a ausência de especificação da autoridade coatora, diante da apresentação do rol de 10 (dez) pacientes, implica diretamente na avaliação dos pressupostos de admissibilidade de ação mandamental.

Como cediço, a petição de habeas corpus deve, inafastavelmente, indicar a autoridade, de quem emana a coação, tida como ilegal, e que o paciente está sob ameaça séria e iminente de sofrer.

Por outro lado, em face do atual quadro de pandemia em decorrência do Covid-19, e da gravidade da situação apontada na impetração, acolhendo manifestação do *Parquet*,

determinei, em três oportunidades, a intimação da Defensoria Pública para que indicasse a autoridade coatora relativa a cada uma das 10 (dez) detentas listadas no *writ*. Ciente o Órgão Defensor, no entanto, deixou de promover qualquer manifestação a respeito.

Em realidade, não cuidou a impetrante de efetuar a juntada de qualquer documentação ao presente *mandamus*, constando, tão somente, um e-mail fornecido à Defensoria Pública pela Coordenadoria de Assistência Social da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP, com a listagem de 06 (seis) presas grávidas e de 04 (quatro) lactantes e o local onde encontram-se custodiadas. Nada além disso. Não se tem certeza, ao menos, da Comarca e do Juízo onde tramitam os processos pelos quais as pacientes encontram-se enclausuradas.

Na hipótese vertente, carecendo o remédio constitucional de prova pré-constituída, por sua cognição sumária, quedou-se a impetração quanto ao fornecimento de elementos indispensáveis ao exame da situação de cada detenta, no intuito de, assim, ser observado o enquadramento na Recomendação n.º 62 do Conselho Nacional de Justiça.

Decerto, do todo colacionado ao *writ*, não restou demonstrada a coletividade aduzida na ação mandamental. Não fora anexado um único documento que esclareça a situação processual de cada detenta, se presa provisória ou em cumprimento de pena definitiva, a ensejar a aplicação do regramento contido na Lei Adjetiva Penal ou na Lei de Execuções Penais.

De outra banda, sequer fora apontado, *in casu*, ato ilegalidade ou abuso de poder perpetrado por qualquer Juízo de 1º Grau, de conhecimento ou de execução penal, à liberdade de locomoção das pacientes.

De igual maneira, não fora demonstrado o não atendimento à Recomendação do Conselho Nacional de Justiça pelos Juízos deste Estado, como a ausência de reavaliação de prisões provisórias, nos termos do art. 316 do CPPB; ou mesmo de negativa de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, a teor da Súmula 56 do Supremo Tribunal Federal.

Dessarte, não há ato abusivo ou ilegal a ser combatido. Na hipótese, sequer consta ter sido efetuado pedido similar no Juízo de origem sobre eventual possibilidade de prisão domiciliar por conta da pandemia do COVID-19. A questão não foi enfrentada pelo Juízo Natural, portanto, a apreciação por este Tribunal implicaria em supressão de instância, o que não se pode permitir.

Trata-se de matéria que deve ser analisada primeiro pelo Juízo de primeiro grau, nos termos do artigo 4º, da Recomendação nº 62/2020, do Conselho Nacional de Justiça. A análise originária por este Tribunal de questões não enfrentadas no primeiro grau, importaria em inadmissível supressão de instância e ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Cumprir registrar que, não obstante a preocupação acerca da pandemia pelo contágio do “novo coronavírus” (COVID-19), as autoridades penitenciárias do Estado estão cientes da gravidade da situação e já vêm adotando medidas de prevenção e critérios técnicos das autoridades sanitárias e de saúde nos presídios.

Não de outro modo, a pandemia decorrente da disseminação do COVID-19 exige providências pontuais das autoridades públicas responsáveis por sua contenção, sendo que não é possível a liberação de presos tidos como vulneráveis de forma coletiva, sem o estudo de cada caso concreto pelo Juízo competente.

Assim, embora a Recomendação do Conselho Nacional de Justiça deva ser observada, sua aplicação não é de efeito automático e cabe aos Juízos de Conhecimento e da Execução Penal, de ofício ou a requerimento da parte, a verificação de cada caso concreto e a definição de condições para soltura; sendo absolutamente inviável a concessão indistinta e indiscriminada de liberdade, de considerável parte da população carcerária feminina do Estado – já que o pedido da impetração não se resume às detentas listadas -, sem o prévio exame da condição individual de cada custodiada do sistema penitenciário paraense.

Em situação análoga, o Ministro Felix Fisher, do Superior Tribunal de Justiça, em decisão monocrática datada de 07 de março de 2020, ao apreciar Habeas Corpus coletivo, n.º 571169, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em benefício de TODAS AS PRESAS, DO ESTADO DO AMAZONAS, ACUSADAS OU CONDENADAS PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, QUE OSTENTAM A CONDIÇÃO DE GESTANTES, LACTANTES, MÃES OU PESSOAS RESPONSÁVEIS POR CRIANÇA DE ATÉ 12 ANOS, contra r. decisum de Desembargador do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas - que indeferiu a tutela emergencial pleiteada em habeas corpus - indeferiu liminarmente o processamento do writ impetrado no STJ, por considerar a inexistência de flagrante ilegalidade, a afastar o entendimento Sumular n.º 691 Do STF.

Por oportuno, tenho por válida a transcrição de trechos do mencionado decisum:

“Sobre o tema, contudo, insta consignar que a jurisprudência desta eg. Cor-

te há muito já se firmou no sentido de que, ressalvadas hipóteses excepcionais, descabe o instrumento heroico em situação como a presente, sob pena de ensejar indevida supressão de instância

Tal matéria encontra-se, inclusive, sumulada, conforme se depreende do enunciado sumular nº 691/STF, in verbis: 'Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar'.

Na hipótese, o writ impetrado na origem teve o pedido liminar indeferido sob os seguintes fundamentos, verbis:

'Porém, as razões apresentadas pela impetrante e os documentos aportados aos autos não demonstram de maneira clara e objetiva quais são as presas provisórias ou definitivas que possuem a qualidade da coletividade já apontada como paciente do presente writ. Há nos autos planilhas e tabelas trazendo diversas informações sobre mulheres presas em razão da prática do crime do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, mas não necessariamente identificando quais destas detentas ostentam a condição de gestante, lactante ou responsável por criança de até 12 (doze) anos ou pessoa com deficiência.

Como se sabe, tal como ocorre com o mandado de segurança, o habeas corpus - independentemente da modalidade utilizada - demanda a instrução da petição inicial com prova pré-constituída da ilegalidade ou abuso de poder perpetrada contra a liberdade ambulatorial. Isso se justifica pela característica sumária do procedimento, a qual é imprescindível para dar guarida a direito fundamental de tão elevada estatura.

Esta necessidade restou confirmado de modo expresso pelas considerações feitas no voto do Min. Ricardo Lewandowski, isto é, ainda que não se exija a perfeita individualização da situação de todas as detentas, se faz imprescindível uma delimitação mínima, o que, ao meu entender, não ocorreu neste caso.

Em resumo, não houve apresentação de listagem identificando as presas que e encontram no universo de pacientes que se pretende beneficiar por meio do presente habeas corpus coletivo. A questão colocada já seria su-

ficiente para o indeferimento da medida cautelar requerida, não obstante, há outras considerações a serem feitas.

Também é ônus do impetrante indicar o ato coator tomado por abuso ou ilegal que esteja gerando violência ou coação à liberdade ambulatorial. Quanto a este ponto, a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS aponta a omissão dos juízes de 1o Grau do Estado do Amazonas em dar cumprimento às orientações constantes da Recomendação nº 62/2020, do CNJ, que sugere a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus - COVID-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo, [...].

Todavia, em contato com os elementos constantes dos autos, não vislumbro a presença de elementos capazes de dar lastro mínimo às alegações da impetrante. Assim entendo porque a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS não logrou êxito em comprovar o modo pelo qual as recomendações reproduzidas acima vêm sendo desrespeitadas pelos juízes.

E não se diga que por tal colocação se está a exigir a produção de prova negativa. Após identificar as detentas que compõem a coletividade de pacientes - o que não foi feito -, poderia a impetrante, por exemplo, trazer aos autos dados demonstrando a falta de reavaliação de prisões provisórias no prazo legal, decisões posteriores à Recomendação nº 62/2020 determinando prisões provisórias sem observar a excepcionalidade da medida ou indeferindo de saídas antecipadas sem fundamentos, omissão quanto a apreciação de pedidos formulados pela própria Defensoria, etc." (fls. 83-85).'

Da análise do excerto transcrito, não verifico a ocorrência de flagrante ilegalidade capaz de ensejar o afastamento do óbice contido no enunciado sumular referido, ao contrário, a decisão ora objurgada encontra-se fundamentada, razão pela qual o indeferimento liminar do presente writ é medida que se impõe.

(...)

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, inciso XX, e art. 210, ambos do RISTJ, indefiro liminarmente o processamento do presente writ.

P. e I. Brasília (DF), 03 de abril de 2020.

Ministro Felix Fischer Relator.”

Mencione-se, ainda, decisão do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual, em decisão monocrática, datada de 06 de abril do corrente ano, nos autos Habeas Corpus Coletivo, nº 2051979-69.2020.8.26.0000, impetrado pelo Instituto Anjos da Liberdade em favor de todos os apenados e presos provisórios com idade igual ou superior a 60 anos, bem assim aqueles portadores de doenças crônicas, mulheres gestantes e quem se encontre em cumprimento de pena nos regimes aberto e semiaberto, assim decidiu:

“Como cediço, os efeitos causados pela pandemia do Covid-19 são e serão verdadeiramente extraordinários, como se vê pela adoção de medidas de restrição à circulação de pessoas em parte expressiva do Brasil e do planeta. O mundo aguarda uma solução. A repercussão jurídica será imensa, em todas as áreas. O Conselho Nacional de Justiça houve por bem editar a Recomendação nº 62/2020 dirigida aos Tribunais e magistrados para a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo. A situação, por óbvio, é seríssima e demanda cuidadosa atenção de toda a comunidade jurídica e Administração Pública. Todavia, essas recomendações, conforme diretrizes do Conselho Nacional de Justiça, devem ser observadas em cada caso concreto, permitindo-se que os magistrados analisem as situações específicas dos presos, provisórios ou não, conforme evolução da pandemia. A solução pretendida pelo instituto impetrante (solução indiscriminada de parte expressiva da população carcerária) poderia gerar caos social, enormes dificuldades de gestão do sistema prisional e, até mesmo, prejudicar o controle das autoridades sanitárias em relação ao Covid-19. A condição dos estabelecimentos prisionais é uma preocupação evidente das autoridades nacionais e estaduais nesse cenário da Covid-19.

Providências que possam ser tomadas para diminuir a população presa serão benéficas, mas devem ser tomadas em cada caso concreto, com análise pelo magistrado competente, após o devido contraditório. Não é demais lembrar que o Tribunal de Justiça de São Paulo encontra-se em funcionamento neste período de quarentena, com milhares de magistrados e servidores dedicados em regime remoto; assim, as recomendações do Conselho Nacional de Justiça estão sendo analisadas e ponderadas em cada caso concreto, em atenção aos direitos de cada preso e, também, conforme o interesse social inerente. Assim, indefiro o pedido liminar. São Paulo, 6 de abril de 2020. Luis Soares de Mello Neto Vice-Presidente.”

Por derradeiro, como bem explana a Digna Procuradora de Justiça “deve a Defensoria Pública, se achar necessário, impetrar novos Habeas Corpus, para cada uma das Pacientes/Apenadas, de forma individual, tratando da situação jurídico-processual de cada uma, anexado pré-constituída que comprovem as teses ventiladas no HC.”

Ante o exposto, acompanhando o parecer ministerial, **não conheço** da ordem impetrada.

É o voto.

Belém/PA, 25 de junho de 2020.

Desembargadora **VÂNIA LÚCIA SILVEIRA**
Relatora

Recurso em Sentido Estrito

PROCESSO N.º 0000821-47.2017.8.14.0097
3ª TURMA DE DIREITO PENAL
COMARCA DE BENEVIDES/PA
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
PROMOTOR DE JUSTIÇA: DR. LAÉRCIO GUILHERMINO DE ABREU
RECORRIDO: GUILHERME RIBEIRO DE SOUZA
ADVOGADO: DR. NELSON MEURÍCIO DE ARAÚJO
RELATOR: DES. RAIMUNDO HOLANDA REIS
PROCURADORA DE JUSTIÇA: DRA. ANA TEREZA DO SOCORRO ABUCATER

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO MP. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. INIMPUTABILIDADE RECONHECIDA. TESE DEFENSIVA DIVERSA. ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA. SUBMISSÃO AO TRIBUNAL DO JURI. NECESSIDADE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos do artigo 415, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o juiz poderá absolver desde logo o acusado pela prática de crime doloso contra a vida se restar demonstrada a sua inimputabilidade, salvo se esta não for a única tese defensiva. Alegando o réu uma excludente de ilicitude, deve ser submetido ao julgamento do Tribunal Popular.

2. Decisão mantida. Recurso improvido, à unanimidade.

Acórdão,

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito, da Comarca de Benevides/PA, em que é Recorrente o **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, ACORDAM** os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da 3ª Turma de Direito Penal do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, por unanimidade de votos, em **CONHECER DO RECURSO E NO MÉRITO, NEGAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos do voto do Exmo. Sr. Des. Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de **Recurso em Sentido Estrito** interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**, objetivando reformar a r. decisão do MM. Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Benevides/PA, que pronunciou o acusado Guilherme Ribeiro de Souza, na infração do art. 121, §2º, inciso IV, do Código Penal.

Consta na denúncia, em resumo, que no dia 26.01.2017, por volta das 05h, a vítima caminhava com sua esposa, em via pública, quando então pararam na feira municipal. Em determinado momento, o acusado Guilherme Ribeiro de Souza, atirou uma pedra contra uma outra pessoa que estava deitada em um banco. Ato contínuo, acertou a pauladas a cabeça da vítima, que foi socorrida por populares. Nos depoimentos colhidos na fase

inquisitiva, a genitora do réu informou que seu filho tinha surtos de loucura e que por diversas vezes ficava agressivo, bem como ouvia vozes ordenando que matasse pessoas. Em seu interrogatório, Guilherme confessou ter praticado a ação, declarando ainda que ouvia vozes determinando que destruísse a vida de indivíduos, caso contrário, a sua seria tirada. Por tal conduta, fora denunciado como incurso no tipo previsto no art. art. 121, §2º, inciso IV, c/c art. 14, II, do Código Penal.

A juíza de primeiro grau instaurou o incidente de insanidade mental às fls. 09. Houve o aditamento da denúncia às fls. 27, em razão da morte da vítima, alterando a capitulação penal para o art. 121, §2º, inciso IV, do Código Penal.

Realizada a instrução processual, sobreveio decisão de pronúncia às fls. 79/83-v, contra a qual o Ministério Público recorreu às fls. 86/90, pugnando a absolvição imprópria do acusado, com a consequente aplicação da medida de segurança, em razão de ter ficado comprovada a inimputabilidade dele, por esquizofrenia paranoide.

Em juízo de retratação às fls. 93, a decisão foi mantida.

Constam as contrarrazões ao recurso às fls. 97/99, pelo improvimento do recurso.

Nesta instância, em parecer, a D. Procuradoria de Justiça se manifestou pelo conhecimento e **provimento** do recurso, considerando ter ficado demonstrada a insanidade do acusado no momento da ação (fls. 104/105).

É o relatório.

VOTO

A questão cinge em torno de ser o acusado submetido ao julgamento do Conselho de Sentença, ou se a ele deve ser proferida sentença imprópria, com a consequente aplicação de medida de segurança, em razão da sua inimputabilidade.

Pois bem. Insurge-se dos autos, tentativa de homicídio ocorrida em 26 de janeiro de 2017, em que foi vítima Francisco de Assis Miranda, atingida com pauladas na cabeça por Guilherme Ribeiro de Souza. A denúncia foi aditada às fls. 27, para o crime de homicídio consumado. O fato teria sido motivado, pois o agente, no momento da ação, ouviu vozes determinando que matasse pessoas.

O juízo primevo, diante de tal peculiaridade, com base no art. 149 do Código de Processo Penal, instaurou o incidente de insanidade mental do réu, cujo resultado se extrai das fls. 24/25 do apenso, onde restou comprovado que ao tempo do ação o acusado era incapaz de compreender o caráter criminoso do fato, por sofrer de **esquizofrenia paranoide**.

Processado o feito, decidiu o magistrado de primeiro grau por pronunciar o agente e submetê-lo ao julgamento do Tribunal Popular; dessa decisão se irressigna o Ministério Público, entendendo que, por se tratar de pessoa inimputável, a ela deve ser proferida sentença absolutória imprópria, com aplicação da respectiva medida de segurança. Tal

entendimento foi também, corroborado pela D. Procuradoria de Justiça, em parecer.

No entanto, compulsando os autos, entendo que não assiste razão o membro do Parquet. Explico.

O art. 26 do Código Penal dispõe que *“é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”*

Noutro giro, o parágrafo único do art. 415 do CPP, esclarece o que segue:

“Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

I – provada a inexistência do fato;

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

III – o fato não constituir infração penal;

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.” Grifei.

Veja que, só é possível a absolvição sumária do réu - denunciado por crime doloso contra a vida -, diante do reconhecimento de sua inimputabilidade, se essa for a única tese sustentada pela defesa. No entanto, se apresentada tese defensiva diversa da inimputabilidade, o julgamento deve ser submetido ao Tribunal do Júri, juízo natural de crimes dessa natureza, tal como ocorre na hipótese dos autos.

Na espécie, verifico que o réu, em seu interrogatório na fase judicial, afirmou que acreditando ser a vítima um ladrão, a atingiu com pauladas, e, portanto, a defesa, desde as alegações finais (fls. 74/78), suscita uma excludente de ilicitude de legítima defesa de terceiro.

Daí porque, não poderia o magistrado de primeiro grau, absolver sumariamente o acusado, pois, alegando a defesa a tese de legítima defesa, a competência constitucional de julgamento, prevista no artigo 5º, XXXVIII, alínea “d”, é estabelecida para o corpo de jurados do Tribunal do Júri, a quem competente julgar qualquer defensiva diversa da inimputabilidade.

Nesse viés:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. PRECLUSÃO. INCIDENTE DE INSANIDADE. INIMPUTABILIDADE AO TEMPO DOS

FATOS IMPUTADOS. RECONHECIMENTO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA PROLATADA PELO JUIZ PRESIDENTE. EXISTÊNCIA DE TESE DEFENSIVA DE LEGÍTIMA DEFESA. JUIZ NATURAL. VIOLAÇÃO. RECONHECIMENTO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. IMPEDIMENTO DE PROCURADORA DA JUSTIÇA. PLEITO PREJUDICADO. 1. Em regra, o meritum causae nos processos de competência do júri é examinado pelo juízo leigo. Excepciona-se tal postulado, por exemplo, quando da absolvição sumária, ocasião em que o juiz togado não leva a conhecimento do júri ação penal em que, desde logo, se identifica a necessidade de absolvição. Precluindo a pronúncia, deve a matéria da inimputabilidade ser examinada pelo conselho de sentença, mormente, se existe tese defensiva diversa, como a da legítima defesa. 2. Ordem concedida para anular o processo a partir da sentença que absolveu sumariamente o paciente, devendo ele ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, prejudicado o pedido subsidiário. (HC 73201/DF 2006/0281305-7, Rel. Mini. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131) - SEXTA TURMA)

Havendo tese defensiva relativa à excludente de ilicitude prevista no art. 23 do Código Penal (legítima defesa), não deve subsistir a sentença que absolveu sumariamente o paciente e aplicou-lhe medida de segurança, em face de sua inimputabilidade, por ser esta tese mais gravosa que aquela outra. 5. Ordem concedida para anular o processo a partir da sentença que absolveu sumariamente o paciente para que outra seja proferida, a fim de que seja analisada a tese da legítima defesa exposta nas alegações finais. (STJ – HC 99.649/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 02/08/2010)

Assim, a teor do que fora exposto não se aplica a absolvição sumária ao caso de inimputabilidade prevista no parágrafo único do art. 415 do CPP, se constatada que esta não é a única tese defensiva existente nos autos, como no caso concreto, pelo que mantenho a decisão recorrida e o julgamento do Recorrido junto ao Conselho de Sentença.

Pelo exposto, CONHEÇO do recurso interposto e NEGO-LHE PROVIMENTO, mantendo a decisão recorrida.

É o voto.

Este julgamento foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador MAIRTON MARQUES CARNEIRO.

Belém/PA, 03 de setembro de 2020.

Desembargador **RAIMUNDO HOLANDA REIS**
Relator

Expediente

Departamento de Comunicação

Adil Bahia da Silva Rezende

Diretor

Coordenadoria de Imprensa

Will Montenegro Teixeira

Coordenador

Érika de Fátima de Miranda Nunes

Subcoordenadora

Airton Nascimento

Edição de arte

Ricardo Lima

Airton Nascimento

Fotografias

